

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE**

N°1600390

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIÉTÉ COFELY POLYNÉSIE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Zuccarello
Rapporteuse

Le tribunal administratif
de la Polynésie française

M. Retterer
Rapporteur public

Audience du 13 juin 2017

Lecture du 30 juin 2017

39-02-005

C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires enregistrés les 27 juillet, 26 août et 10 novembre 2016, la société Cofely Polynésie, représentée par Me Eftimie-Spitz, avocate, demande au tribunal :

1°) d'annuler la décision de passer le contrat du lot n°1 relatif aux travaux d'électricité, du marché public de remise aux normes électriques des installations de courants forts et courants faibles, mise en place d'une unité de production d'électricité photovoltaïque et réfection de l'étanchéité de la toiture conclu par l'assemblée de la Polynésie française ;

2°) d'annuler le contrat du lot n°1 relatif aux travaux d'électricité, du marché public de remise aux normes électriques des installations de courants forts et courants faibles, mise en place d'une unité de production d'électricité photovoltaïque et réfection de l'étanchéité de la toiture conclu par l'assemblée de la Polynésie française ;

3°) d'annuler les décisions des 1^{er} juillet et 12 juillet 2016 rejetant son offre ;

4°) de condamner l'assemblée de la Polynésie française à lui verser la somme de 2 764 351 F CFP en réparation du préjudice subi du fait de son éviction illégale ou à titre subsidiaire la somme de 864 337 F CFP pour les frais engagés ;

5°) de mettre à la charge de l'assemblée de la Polynésie française une somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- elle a été avisée du rejet de son offre alors que le marché était déjà signé, en méconnaissance des dispositions du I de l'article 25 ter du code des marchés publics de la Polynésie française ;

- les offres équivalentes ont été départagées sur le critère du délai global d'exécution du marché qui n'était pas présenté comme un critère de jugement, en méconnaissance des dispositions du III de l'article 25 du code des marchés publics de la Polynésie française ; au surplus, elle a obtenu une note supérieure à celle de la société Cégélec Polynésie sur le sous-critère de la durée prévisionnelle des différentes phases du chantier ;

- les réponses contradictoires de l'assemblée de la Polynésie française sur les motifs du rejet de son offre laissent suspecter une absence de transparence dans le choix de la société Cégélec Polynésie, ainsi qu'une absence d'examen sérieux des critères de jugement des offres ;
- en retenant l'offre de la société Cégélec Polynésie, qui n'était pas économiquement la plus avantageuse, l'assemblée de la Polynésie française a méconnu les dispositions du III de l'article 25 bis du code des marchés publics de la Polynésie française ;
- la notification du rejet de son offre après la signature du contrat et l'absence d'indication des voies et délais de recours dans le règlement public d'appel d'offres caractérisent des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, dont elle doit être admise à se prévaloir dès lors que la signature prématurée du marché lui a fermé l'accès au référé précontractuel.

Par un mémoire en défense enregistré le 25 janvier 2017, l'assemblée de la Polynésie française, représentée par Me Jourdainne, avocat, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 200 000 F CFP soit mise à la charge de la société Cofely Polynésie au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la requête est irrecevable depuis l'arrêt du CE du 4 avril 2014, n°358994 ;
- les vices invoqués tenant au non respect du délai entre la notification du rejet de l'offre et la signature du marché ne sont pas en rapport avec l'éviction de la société requérante, ceux relatifs à l'absence d'indication des voies et délais de recours dans le règlement particulier d'appel d'offres, et à l'absence alléguée de motif du rejet de l'offre, ne sont pas de nature à entraîner l'annulation du marché ;
- le délai global d'exécution était un sous-critère figurant dans le règlement particulier d'appel d'offres qui a permis de départager les offres ;
- les conclusions indemnitaires ne sont pas fondées.

Par un mémoire enregistré le 6 février 2017, la société Cégélec Polynésie, représentée par Me de Gérando, avocat, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 600 000 F CFP soit mise à la charge de la société Cofely Polynésie au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la requête est irrecevable depuis l'arrêt du CE du 4 avril 2014, n°358994 ;
- les vices invoqués tenant au non respect du délai entre la notification du rejet de l'offre et la signature du marché ne sont pas en rapport avec l'éviction de la société requérante, ceux relatifs à l'absence d'indication des voies et délais de recours dans le règlement particulier d'appel d'offres, et à l'absence alléguée de motif du rejet de l'offre, ne sont pas de nature à entraîner l'annulation du marché ;
- le délai global d'exécution était un sous-critère figurant dans le règlement particulier d'appel d'offres qui a permis de départager les offres ;
- l'intérêt général et la circonstance que le contrat est entièrement exécuté s'oppose à son annulation.

Un mémoire a été enregistré le 8 juin 2017 pour la société Cofely, et n'a pas été communiqué.

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 13 juin 2017:

- le rapport de Mme Zuccarello, première conseillère ;
- les conclusions de M. Retterer, rapporteur public ;
- et les observations de Me Eftimie-Spitz, représentant la SARL Cofély Polynésie, celles de Me Daviles-Estiles, représentant l'assemblée de la Polynésie française, et celles de Me Houbouyan, représentant la société Cégélec Polynésie.

Une note en délibéré présentée pour l'assemblée de la Polynésie française a été enregistrée le 15 juin 2017.

Considérant ce qui suit :

1. La SARL Cofély Polynésie a répondu à l'avis d'appel public à la concurrence du 24 mars 2016 concernant le lot n° 1, relatif aux travaux d'électricité, du marché public de remise aux normes électriques des installations de courants forts et courants faibles, mise en place d'une unité de production d'électricité photovoltaïque et réfection de l'étanchéité de la toiture de l'assemblée de la Polynésie française. Son offre, qui a obtenu le même nombre de points que celle de la société Cégélec Polynésie, a été rejetée par une décision du 1^{er} juillet 2016, dont la motivation a été complétée par une lettre du 12 juillet 2016, alors que le marché avait été signé le 27 juin 2016. La SARL Cofely Polynésie demande l'annulation du contrat ainsi passé avec la société Cégélec Polynésie pour le lot n°1, l'annulation de la décision d'attribution de ce marché, ainsi que l'annulation des décisions des 1^{er} et 12 juillet 2016 rejetant son offre. Elle demande en outre l'indemnisation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de son éviction irrégulière.

Sur la recevabilité des conclusions :

2. Tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. La légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini.

3. Les conclusions tendant à l'annulation de la décision d'attribution à la société Cégélec Polynésie du marché public en cause et des décisions des 1^{er} et 12 juillet 2016 rejetant l'offre de la SARL Cofely Polynésie, ont été présentées postérieurement à la signature du contrat intervenue le 27 juin 2016. Eu égard à l'existence du recours de plein contentieux ouvert aux tiers à ce contrat, ces conclusions sont irrecevables.

Sur la procédure de passation du marché :

4. Le concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en

rapport direct avec son éviction. Il appartient dans un tel cas au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences.

5. Aux termes du III de l'article 25 bis du code des marchés publics de la Polynésie française applicable en vertu de l'article 2.1 du règlement particulier d'appel d'offres : « (...) *Sauf dispositions particulières du règlement de la consultation, l'appel d'offres est déclaré sans suite par l'autorité compétente en cas d'égalité de prix ou d'équivalence d'offres.* ».

6. L'assemblée de la Polynésie française a engagé une procédure de passation du marché en cause, en précisant au point 4.2 du règlement particulier d'appel d'offres que l'offre économiquement la plus avantageuse serait déterminée en fonction du prix apprécié pour 70 points et de la valeur technique de l'offre appréciée au travers du mémoire technique retenue pour 30 points. Ce dernier critère était décomposé en 5 sous-critères, dont le calendrier prévisionnel d'exécution des travaux pour 3 points. Enfin le point 2.6 du même règlement particulier d'appel d'offres indiquait que le délai d'exécution du marché s'inscrivait dans le cadre du délai plafond global de 12 mois incluant un mois de période de préparation. A l'issue de l'application des critères et sous-critères précités, les deux entreprises candidates ont obtenu le même nombre de points. A équivalence d'offres, l'assemblée de la Polynésie française a décidé de départager ces offres en privilégiant l'entreprise Cégélec Polynésie qui aurait proposé un délai global d'exécution de 8 mois, plus court que celui de 12 mois envisagé par la société Cofely Polynésie. La société Cofely Polynésie fait valoir que l'assemblée de la Polynésie française a utilisé un critère qui n'a pas été porté à la connaissance des candidats.

7. 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 du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères. Il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné.

8. Il résulte de l'instruction que le « délai global d'exécution » qui constituait une indication de la durée du marché par l'assemblée de la Polynésie française, ne figurait pas au nombre des conditions de jugement des offres et ne pouvait raisonnablement être interprété par les candidats comme un critère de choix des offres. En conséquence, en estimant que la société Cégélec Polynésie avait présenté l'offre économiquement la plus avantageuse en considération du délai global d'exécution plus court que celui de sa concurrente, alors même en outre que la société requérante avait obtenu une meilleure note sur le sous-critère du « calendrier prévisionnel d'exécution des travaux », l'assemblée de la Polynésie française a porté atteinte aux principes d'égalité de traitement et de transparence des marchés publics. Dès lors, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens d'annulation, qui au demeurant n'étaient pas en rapport direct avec l'éviction de la société Cofely Polynésie, cette dernière est fondée à soutenir que l'omission de porter à la connaissance des candidats un critère de départage, constitue une irrégularité entachant la procédure de passation du marché.

Sur la validité du contrat et les conséquences de l'illégalité :

9. Eu égard à la gravité de l'irrégularité entachant la procédure de passation du marché en cause, il y a lieu pour le juge du contrat de prononcer l'annulation du marché signé le 27 juin 2016 entre l'assemblée de la Polynésie française et la société Cégélec Polynésie. La circonstance que cette annulation du marché en cause, qui a été entièrement exécuté, priverait l'assemblée de la Polynésie française des garanties post-contractuelles qui y sont attachées, ne constitue pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants de nature à faire obstacle à ce qu'il soit prononcé une annulation du contrat.

Sur la demande indemnitaire :

10. Lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché. Dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique.

11. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les offres des deux entreprises étaient équivalentes. L'assemblée de la Polynésie française aurait donc dû, en application de l'article 25 bis III précité du code des marchés publics de la Polynésie française, déclarer la procédure sans suite et procéder à une nouvelle consultation en publiant le critère qu'elle a estimé important du délai global d'exécution. Rien ne permet d'établir qu'après avoir eu connaissance de ce critère, la société Cofely Polynésie n'aurait pas raccourci son délai global d'exécution, dès lors qu'elle avait obtenu la meilleure note au titre du sous-critère « calendrier prévisionnel d'exécution des travaux ». Par suite, compte tenu de l'équivalence des offres, la société Cofely Polynésie avait une chance sérieuse d'emporter le marché. Dans ces conditions, il sera fait une exacte appréciation du manque à gagner subi par la société requérante, qui comprend nécessairement les frais engagés, en lui allouant la somme non contestée de 2 764 351 F CFP.

12. Il résulte de tout ce qui précède que le marché conclu le 27 juin 2016 entre l'assemblée de la Polynésie française et la société Cégélec Polynésie concernant le lot n° 1, relatif aux travaux d'électricité, du marché public de remise aux normes électriques des installations de courants forts et courants faibles, mise en place d'une unité de production d'électricité photovoltaïque et réfection de l'étanchéité de la toiture de l'assemblée de la Polynésie française, doit être annulé. L'assemblée de la Polynésie française versera à la société Cofely Polynésie la somme de 2 764 351 F CFP TTC en réparation du préjudice subi.

Sur les conclusions au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

13. Les dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la société Cofely Polynésie, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, verse à la société Cégélec Polynésie et à l'assemblée de la Polynésie française une somme sur ce fondement. En revanche, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de l'assemblée de la Polynésie française la somme de 150 000 F CFP à verser à la société requérante sur ce fondement.

D E C I D E :

Article 1er : Le marché conclu le 27 juin 2016 entre l'assemblée de la Polynésie française et la société Cégélec Polynésie concernant le lot n° 1, relatif aux travaux d'électricité, du marché public de remise aux normes électriques des installations de courants forts et courants faibles, mise en place d'une unité de production d'électricité photovoltaïque et réfection de l'étanchéité de la toiture de l'assemblée de la Polynésie française, est annulé.

Article 2 : L'assemblée de la Polynésie française est condamnée à verser à la société Cofely Polynésie la somme de 2 764 351 F CFP.

Article 3 : L'assemblée de la Polynésie française versera à la société Cofely Polynésie la somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à la société Cofely Polynésie, à l'Assemblée de la Polynésie française et à la société Cégélec Polynésie. Copie en sera adressée au procureur de la république près le tribunal de première instance.

Délibéré après l'audience du 13 juin 2017, à laquelle siégeaient :

M. Tallec, président,

Mme Meyer, première conseillère,

Mme Zuccarello, première conseillère.

Lu en audience publique le 30 juin 2017.

La rapporteure,

Le président,

F. Zuccarello

J-Y. Tallec

La greffière,

D. Riveta

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Polynésie française en ce qui le concerne ou à tous huissiers 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

Un greffier,