

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LA POLYNESIE FRANÇAISE**

N° 2100041

SARL HANAVAI

M. Devillers
Président

Ordonnance du 1^{er} mars 2021

39-08-015
C

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 9 février 2021, complétée par un mémoire enregistré le 26 février 2021, la Sarl HANAVAI, représentée par Me Jourdainne, demande au juge des référés, sur le fondement des articles L.551-13 et suivants du code de justice administrative (CJA) :

- 1°) d'annuler la décision de la commune de Moorea du 25 novembre 2020 portant rejet de son offre suite à l'appel d'offres pour la réalisation du réservoir d'eau potable à Temae ;
- 2°) d'annuler le marché conclu entre la commune de Moorea et la société Polynésie VRD ;
- 3°) d'enjoindre à la commune de Moorea de procéder à une nouvelle procédure de mise en concurrence pour la réalisation du réservoir d'eau potable à Temae ;
- 4°) de mettre à la charge de la commune de Moorea une somme de 300 000 FCFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- son recours est recevable :

- en sa qualité d'opérateur économique, soumissionnaire au marché litigieux et candidat évincé, elle justifie bien d'un intérêt à agir direct, personnel et actuel.

- le contrat a été conclu.

- la commune de Moorea n'a fourni aucune indication sur le délai de suspension de signature du marché, en infraction avec ses obligations fixées par l'article L.332-1 du code

polynésien des marchés publics, et elle a tout mis en œuvre pour la priver de la possibilité d'engager utilement un recours avant sa signature.

- la commune de Moorea n'a fait paraître aucun avis d'attribution du marché litigieux tel que prescrit par le code polynésien des marchés publics et le délai de 31 jours prévu à l'article R. 551-7 du code de justice administrative ne lui est donc pas opposable ;

- la commune de Moorea a manqué aux obligations de publicité et de mise en concurrence suivantes :

- Violation du délai d'attente prévu par l'article LP.332-1 du code polynésien des marchés publics ; la commune n'a pas notifié le délai de suspension de signature du marché, ni dans sa notification du 25 novembre 2020, ni dans son courrier du 9 décembre 2020 ; ce délai n'avait pas commencé à courir, et la commune, pour faire échec à la requête en référé précontractuel, a signé le marché le 15 décembre 2020 ;

- Non-respect du principe d'égalité de traitement des candidats :

- le dossier de consultation des entreprises était incomplet sur des aspects techniques majeurs tels que l'absence d'exigence de production des fiches techniques et l'imprécision des tranches conditionnelles. L'absence de note de calcul « para-cyclonique » a été de nature à avantager l'offre de la société attributaire qui a proposé une solution technique irrégulière et avec un écart de prix significatif. Les informations techniques étaient insuffisantes pour la tranche conditionnelle 2 « Local technique », ne permettant pas aux candidats de remettre des offres techniques comparables et des prix dûment justifiés. En ce qui concerne la tranche conditionnelle 1 « retrait de la conduite en amiante », les prescriptions techniques étaient très insuffisantes pour permettre aux candidats de répondre dans des conditions d'égalité satisfaisantes. Les manquements au titre de la définition technique des tranches conditionnelles ont déséquilibré le principe d'égalité de traitement des candidats, sur le critère prépondérant du prix (70% de pondération).

- irrégularités de l'offre de la société attributaire qui auraient dû conduire à son élimination : le matériel est partiellement non conforme au CCTP.

Par un mémoire en défense enregistré le 26 février 2021, la commune de Moorea-Maiao conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la requérante la somme de 30 000 FCP à lui verser au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- à titre principal la requête en référé contractuel est irrecevable ; ce recours n'est pas ouvert contre la décision de rejet d'une offre ; il est fermé du fait de l'introduction d'un référé précontractuel ; la commune a respecté le délai d'onze jours entre la date d'envoi de la notification de rejet et la date de signature du contrat, puisque la notification de rejet a été

transmise par voie électronique le 25 novembre 2020 et la signature du marché a eu lieu le 15 décembre 2020, soit dix-neuf jours après ; aucune disposition du code polynésien des marchés publics n'impose d'indiquer le délai de suspension dans le courrier de rejet des candidats évincés ; la commune a envoyé pour publication, l'avis d'attribution le 03 février 2021, soit vingt-deux jours après la notification du marché à l'attributaire, cette publication est effective depuis le 12 février 2021, dès lors, conformément aux dispositions de l'alinéa 1 de l'article R. 551-7 du CJA, la requête en référé contractuel ne pouvait être introduite avant le 12 février 2021, date de cette publication, or elle a été présentée prématurément le 8 février ;

- subsidiairement, d'une part, la requête est assortie de moyens inopérants : les manquements invoqués au principe d'égalité de traitement des candidats, relatifs à la procédure de mise en concurrence et à l'irrégularité de l'offre de la société attributaire, ne se rattachent à aucune des hypothèses dans lesquelles le juge du référé contractuel peut exercer son office., d'autre part elle est mal fondée, la commune ayant respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Par un mémoire en défense enregistré le 25 février 2021, la société Polynésie VRD, représentée par Me Mikou, conclut au rejet de la requête comme étant mal fondée et à ce que soit mise à la charge de la requérante la somme de 150 000 FCP à lui verser au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- le contrat attaqué
- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- le code polynésien des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Après avoir entendu Me Kretly représentant la Sarl Hanavai, Mmes X. et Y. représentant la commune de Moorea-Maiao et Me Allégret représentant la société Polynésie VRD.

Le juge des référés a clos l'instruction à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section* ». Aux termes de l'article L. 551-14 de ce code : « *Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article*

L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours ». Aux termes de l'article L. 551-18 du même code : « Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsque ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat. ». Enfin, selon l'article L. 551-20 : « Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière. ».

2. La commune de Moorea a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert par un avis d'appel public à la concurrence publié le 6 octobre 2020, rectifié le 30 octobre 2020, en vue de la passation d'un marché public relatif à la réalisation d'un réservoir d'eau potable de 1100 m³ à Temae. La Sarl HANAVAI a été informée, par courrier en date du 25 novembre 2020, de ce qu'après analyse des offres, la sienne n'a pas été retenue. Son recours en référé précontractuel introduit le 16 décembre 2020 sur le fondement de l'article L. 551-24 du code de justice administrative a été rejeté comme étant irrecevable par ordonnance du 30 décembre 2020, le contrat ayant été signé le 15 décembre 2020. Elle demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, d'annuler ce marché et d'enjoindre au syndicat Fenua Ma de suspendre l'exécution du contrat.

Sur la recevabilité des conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative :

3. Aux termes de l'article LP 332-1 du code polynésien des marchés publics : « I - Pour les marchés passés selon une procédure formalisée (supprimés, Lp n° 2019-37 du 20/12/2019, article LP 31-1°), l'autorité compétente, dès qu'elle a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. Pour les candidats ayant soumis une offre, qui n'a pas été déclarée inappropriée, irrégulière, inacceptable ou anormalement basse, la notification des motifs de ce rejet comporte au moins la communication du classement de leur offre, les notes qui leur ont été allouées, le nom de l'attributaire ainsi que les notes qui lui ont été allouées. (...) Un délai minimal de seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue au premier alinéa et la date de signature du marché. Ce délai minimal est réduit à onze jours en cas de transmission électronique de la notification. La notification de

l'attribution du marché comporte l'indication de la durée du délai de suspension que l'autorité compétente s'impose. (...) ».

4. Est recevable le recours en référé contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché, par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur au respect des dispositions de l'article LP 332-1 du code polynésien des marchés publics qui prévoient l'obligation de notifier aux candidats le rejet de leurs offres et fixe un délai minimum de seize jours, réduit à onze jours dans le cas d'une transmission électronique, entre la date d'envoi de cette notification et la conclusion du marché. Les dispositions de l'article L. 551-14 du code de justice administrative ne sauraient non plus avoir pour effet de rendre irrecevable le recours en référé contractuel du concurrent évincé ayant antérieurement présenté un référé précontractuel qui, bien qu'informé du rejet de son offre et du nom de l'attributaire par le pouvoir adjudicateur, ne l'a pas été, contrairement à ce qu'exige le troisième alinéa du I de l'article LP 332-1 du code polynésien des marchés publics, du délai de suspension que ce dernier s'imposait entre la date d'envoi de la notification du rejet de l'offre et la conclusion du marché.

5. Il est constant que le courrier du 25 novembre 2020 par lequel la commune de Moorea-Maiao a informé la société requérante de l'attribution du marché et du rejet de son offre comme celui du 9 décembre 2020 par lequel elle a répondu à sa demande sur ce point, ne mentionnaient pas le délai de suspension que la commune s'imposait avant la conclusion du contrat. La Sarl Hanavai est, dans ces conditions, fondée à soutenir que l'absence de mention du délai de suspension de signature du contrat que l'autorité compétente s'imposait dans le courrier l'informant du rejet de son offre, en l'espèce d'au minimum onze jours, l'a privée de son droit d'introduire utilement un référé précontractuel, ce qu'elle a fait le 16 décembre 2020, un jour après la signature du contrat.

6. Enfin, si l'avis d'attribution du marché a été publié le 12 février 2021, les dispositions de l'alinéa I de l'article R. 551-7 du code de justice administrative ne fixent que le délai maximal dans lequel le juge des référés peut être saisi d'un référé contractuel et la commune défenderesse ne peut donc utilement s'en prévaloir pour soutenir que le présent recours aurait été présenté prématurément le 8 février 2020.

7. Le recours en référé contractuel présenté par la Sarl Hanavai est, par suite, recevable.

Sur les conclusions tendant à l'annulation du marché :

En ce qui concerne le moyen tiré de manquements relatifs à la procédure de mise en concurrence :

8. La Sarl Hanavai soutient que le dossier de consultation des entreprises était incomplet sur des aspects techniques majeurs tels que l'absence d'exigence de production des fiches techniques et l'imprécision des tranches conditionnelles.

S'agissant de l'absence d'exigence de production des fiches techniques :

9. La Sarl Hanavai expose que les documents de la consultation, en l'absence d'exigence de production d'une note de calcul « para-cyclonique », ne permettaient pas, au maître d'ouvrage de vérifier que le réservoir proposé présentait cette caractéristique. Elle-même a proposé un réservoir para-cyclonique, représentant un écart de prix de 30% par rapport à un réservoir classique, avantageant l'offre de la société attributaire qui a ainsi proposé une solution technique irrégulière et avec un écart de prix significatif. Cependant l'article 4 Réservoir du CCTP indique que « 4.1.1 (...) le réservoir aura les caractéristiques suivantes. Conception para-cyclonique à vide (résidence à des vents de 234 km/h) (...) » et le mémoire technique dont la présentation était exigée devait inclure, notamment, la fiche technique du réservoir proposé. Rien n'imposait, à ce stade, que le respect effectif de cette spécification technique soit vérifié par la production d'une note de calcul. Les allégations de la société requérante selon lesquelles ces prescriptions essentielles n'étant pas respectées par la société attributaire, son offre serait ainsi irrégulière et moins-disante de 30% ne sont assorties d'aucun justificatif. Ce moyen ne peut donc qu'être écarté.

S'agissant de l'imprécision des tranches conditionnelles :

10. En premier lieu, il résulte du rapport d'analyse des offres que la société Hanavai a eu la possibilité de demander des précisions au pouvoir adjudicateur sur les éléments de la consultation justifiant de son point de vue des éclaircissements, le 15 octobre 2020. La commune a apporté des réponses qui ont été portées à la connaissance des candidats et elle a modifié ou précisé également en conséquence les documents de la consultation par la publication d'un rectificatif le 30 octobre 2020, justifiant un allongement de 7 jours du délai de remise des offres.

11. En deuxième lieu, le CCTP indique pour la tranche conditionnelle 1 « retrait de la conduite en amiante », que le retrait de l'ancienne canalisation en amiante - ciment de la plateforme du réservoir est conditionné aux résultats des analyses qui seront réalisées, *par un laboratoire agréé*, à la charge de la commune. L'entreprise assurera « le retrait de la canalisation de l'emprise de la parcelle, l'expédition et le traitement des déchets conformément aux lois en vigueur en Polynésie Française. ». La Sarl Hanavai expose que ces prescriptions techniques sont très insuffisantes pour permettre aux candidats d'évaluer le coût des travaux et de répondre dans des conditions d'égalité satisfaisantes en l'absence d'échantillonnage et de diagnostic amiante, d'information sur la quantité, la profondeur, et de certitude sur le diamètre de l'ancienne canalisation. Il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'analyse des offres que la commune a fait procéder à des sondages qui n'ont pas permis de retrouver la canalisation, étant toutefois indiqué que celle-ci devait se trouver à une profondeur estimée à environ 1m sur 30 m de longueur. Si les entreprises candidates ont disposé de ces seuls éléments certes approximatifs pour élaborer leur offre de prix sur cette tranche conditionnelle, il n'en résulte pas, comme il est invoqué, une rupture d'égalité entre les candidats préjudiciables à la société requérante.

12. Enfin, si, pour la tranche conditionnelle 2 ayant pour objet le déplacement du local technique « dans le foncier communal », il n'y avait pas d'obligation de visite des lieux, le

CCTP indiquait toutefois communément (art. 4.1) que « l'entrepreneur est réputé avoir une parfaite connaissance des lieux et circonstances locales ». Par ailleurs, le moyen tiré de « l'absence d'obligation de résultat mesurable (pas de contrôle technique prévu) », se rapportant à l'exécution des prestations, est inopérant.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire :

13. Si le rapport d'analyse des offres relève, s'agissant de l'offre de la société Polynésie VRD pour le critère T3, moyens techniques et qualité des fournitures, quelques « *non conformités mineures de certains accessoires ou manques de renseignements sur la qualité* », l'offre de la société attributaire étant notée 11 sur 15 sur ce critère contre 15 sur 15 pour la société requérante, cette dernière ne démontre pas que, pour ce seul motif, et eu égard aux qualificatifs employés par la commission, l'offre de la société Polynésie VRD eût dû être regardée comme étant incomplète ou ne respectant pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation et ainsi éliminée en application de l'article LP 122-3 du code polynésien des marchés publics.

14. Par ailleurs, si la société Hanavai expose que le règlement de consultation exigeait en page 5 que les candidats remettent « ACS » pour le liner dans leur mémoire technique, ce moyen, alors que ce sigle n'apparaît pas à la page indiquée, est dépourvu des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé.

15. Enfin, il n'entre pas dans l'office du juge du référé contractuel de porter une appréciation sur la valeur des offres.

16. Il résulte de tout ce qui précède que la requête, y compris les conclusions à fins d'injonction, doit être rejetée.

17. Les conclusions présentées par la société Hanavai au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ne peuvent dès lors également qu'être rejetées. En revanche il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à sa charge une somme de 100 000 FCFP à verser à société Polynésie VRD sur ce fondement. La commune de Moorea – Maiao ne justifiant pas de frais d'avocat ou de frais spécifiques supportés dans le cadre de la présente instance, sa demande sur ce fondement ne peut qu'être rejetée.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de la Sarl Hanavai est rejetée.

Article 2 : La Sarl Hanavai versera une somme de 100 000 FCFP à la société Polynésie VRD en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions de la commune de Moorea-Maiao tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la Sarl Hanavai, à la commune de Moorea-Maiao et à la société Polynésie VRD.

Fait à Papeete, le 1^{er} mars 2021.

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 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 conforme,
Un greffier,

Matahi Estall