

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LA POLYNESIE FRANÇAISE**

REPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 1200255

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SA JL POLYNESIE

Le juge des référés,

M. Leplat
Président, juge des référés

Audience du 29 mai 2012
Ordonnance du 30 mai 2012

Vu, enregistrée le 18 mai 2012 au greffe du tribunal administratif de la Polynésie française sous le n° 1200255, la requête présentée pour la SA JL POLYNESIE, dont le siège est zone industrielle de la Punaruu à Punaauia et dont l'adresse postale est BP 38062 à Punaauia (98718), représentée par son président-directeur général en exercice, par Me Mestre, avocat ;

La SA JL POLYNESIE demande au juge des référés du tribunal, statuant sur le fondement de l'article L. 521-24 du code de justice administrative :

- 1) d'annuler la procédure de passation relative à l'attribution, par la Polynésie française, du marché public de travaux relatif à l'aménagement du carrefour dénivelé de la mairie de la commune de Punaauia ;
- 2) de condamner la Polynésie française à lui verser la somme de 200 000 F CFP en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que le règlement de la consultation prévoyait que les offres devaient se conformer à deux solutions de base, différant quant au mode d'ancrage ou de lestage, et pouvaient comporter une variante avec des parois moulées ; qu'elle a présenté, comme le permettait l'avis d'appel d'offres, une offre de base et une offre avec variante pour le marché public de travaux en cause ; que, par décision du 31 mars 2011, un premier appel d'offres a été déclaré sans suite du fait de la modification du projet, concernant le gabarit du passage souterrain ; qu'elle a présenté également deux offres à la suite du nouvel appel à la concurrence publié à cet effet ; qu'après dépouillement des offres et avis de la commission consultative des marchés, son offre a été rejetée par décision notifiée le 11 mai 2012 ; que la concurrence a été faussée du fait que les impératifs techniques imposaient une solution avec parois moulées et que cette technique aurait donc dû être incorporée dans les offres de base, alors, qu'à l'inverse, la technique avec parois moulées, que le groupement dont elle est le mandataire maîtrisait parfaitement à la différence du groupement concurrent, a été reléguée dans la variante ; que la décision écartant l'offre du groupement dont elle est le mandataire ne

comporte pas une motivation suffisamment précise ; que son offre avec variante a été écartée pour des motifs erronés, tant en ce qui concerne le caractère incomplet du dossier, qu'en ce qui concerne ses prétendus inconvénients techniques ou qu'en ce qui concerne ses incidences sur le prix ; que cette appréciation du mérite de son offre n'est ainsi pas conforme aux critères que la Polynésie française avait fixés et que ce manquement à ses obligations en matière de publicité et de concurrence a été de nature à la léser ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 25 mai 2012, présenté par la Polynésie française, représentée par son président en exercice, qui conclut au rejet de la requête ;

Elle soutient que la requête est irrecevable, dès lors que la société requérante n'apporte aucun élément de nature à établir l'existence de manquements susceptibles de l'avoir lésée ; que la possibilité du recours à la technique des parois moulées et des palplanches n'avait pour objet que de garantir la réalité d'une mise en concurrence, dès lors que ces deux techniques étaient viables et qu'au moins l'une était maîtrisée par toutes les entreprises susceptibles de concourir pour l'attribution du marché ; que les motifs du rejet de l'offre présentée par le groupement dont elle est le mandataire sont précis et détaillés ; qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer sur l'appréciation des mérites des offres et que la société requérante ne peut utilement soutenir que les motifs du rejet de son offre sont erronés ; qu'en tout état de cause, les motifs relatifs aux inconvénients présentés du fait des liaisons entre parois moulées et radiers, aux espaces nécessités par des tirants et aux incertitudes sur leur coût sont fondés ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 29 mai 2012, présenté pour la SA JL POLYNESIE et tendant aux mêmes fins que la requête, par les mêmes moyens et en outre, par les moyens que son intérêt à agir n'est pas contestable ; que l'un des motifs du rejet de l'offre présentée par le groupement dont elle est le mandataire est fondé sur son inexpérience en matière de palplanches, technique qui a pourtant été privilégiée ; que les critères retenus pour la sélection des offres n'étaient pas pondérées ; qu'il est inexact de prétendre que le groupement n'avait pas d'expérience dans la technique des palplanches, alors que certains de ses membres avaient participé à l'exécution d'un marché mettant en œuvre cette technique ; que son offre ne pouvait pas être rejetée au motif qu'elle n'était pas la mieux disante en ce qui concerne le délai d'exécution, un tel critère ne figurant pas au nombre de ceux annoncés dans le règlement de la consultation ; qu'en ce qui concerne le critère du prix, il serait nécessaire de connaître le procès-verbal de la commission d'appel d'offres ; que les critères de sélection n'ont pas été davantage appliqués correctement pour l'élimination de son offre avec variante ;

Vu l'ordonnance en date du 19 mai 2012 du juge des référés du tribunal enjoignant à la Polynésie française de différer la signature du marché ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française ;

Vu la loi n° 2004-193 du 27 février 2004 complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française ;

Vu le code des marchés publics de toute nature passés au nom du territoire de la Polynésie française et de ses établissements publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à l'audience publique, d'une part le requérant, d'autre part le défendeur ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 29 mai 2012 tenue à 14 heures au cours de laquelle ont été entendus Me Mestre, avocat de la SA JL POLYNESIE, puis M. Lebon représentant la Polynésie française ;

L'instruction a été close au terme de l'audience ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-24 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 des 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»* ; qu'en vertu de ces dispositions, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant que l'offre présentée, pour l'attribution du marché public de travaux relatif à l'aménagement du carrefour dénivelé de la mairie de la commune de Punaauia, par le groupement d'entreprises dont la SA JL POLYNESIE est le mandataire a été rejetée par décision du 7 mai 2012 du ministre de l'équipement et des transports terrestres de la Polynésie française, qui lui a été notifiée le 11 mai 2012 ; que la société requérante demande au juge des référés, statuant sur le fondement de l'article L. 521-24 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation de ce marché ;

Considérant qu'aux termes de l'article 20 du code des marchés publics de toute nature passés au nom du territoire de la Polynésie française et de ses établissements publics : *«L'appel d'offres ouvert est porté à la connaissance du public par voie d'affichage ou d'insertion dans la presse ou par un autre moyen de publicité (...) L'avis d'appel d'offres fait connaître au moins : (...) 7) Le cas échéant, les éléments de l'offre dont il sera particulièrement tenu compte lors du dépouillement pour l'attribution du marché (...)»* ;

qu'aux termes de l'article 25 du même code : « *La commission élimine les offres non conformes à l'objet du marché ; l'autorité compétente choisit librement l'offre qu'elle juge la plus intéressante, en tenant compte du prix des prestations, de leur coût d'utilisation, de leur valeur technique, des garanties professionnelles et financières présentées par chacun des candidats, du délai d'exécution ainsi que du plan de charge des entreprises. L'autorité compétente peut décider que d'autres considérations entrent en ligne de compte ; dans ce cas, elles devront avoir été spécifiées dans l'avis d'appel d'offres (...)* » ; que, contrairement à ce que soutient la SA JL POLYNESIE, ces dispositions n'imposent pas que l'information des candidats à l'attribution d'un marché public comporte l'indication de la pondération des critères retenus pour la sélection des offres ; qu'elles n'imposent pas davantage une information sur les sous-critères éventuellement utilisés ou sur la méthode de notation des offres ; que, toutefois, 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 d'offres ou dans le règlement particulier ou dans le cahier des charges tenus à la disposition des candidats ; que dans le cas où l'autorité compétente 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 ; qu'il appartient à l'autorité compétente 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 ; qu'en outre, si cette autorité décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères, elle doit porter à la connaissance des candidats leurs conditions de mise en œuvre dès lors que ces sous-critères sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'après qu'il eut été procédé au dépouillement des offres présentées, notamment par le groupement d'entreprises dont la SA JL POLYNESIE est le mandataire, un premier appel d'offres, organisé par la Polynésie française pour l'attribution d'un marché public de travaux relatif à l'aménagement du carrefour dénivelé de la mairie de la commune de Punaauia, a été déclaré sans suite par l'autorité compétente, qui envisageait alors de substituer au projet de passage souterrain à gabarit réduit, à la réalisation duquel était relatif ce premier appel d'offres, un projet de passage souterrain sans gabarit ; que cette autorité s'étant ravisée et ayant à nouveau opté pour un passage souterrain pour véhicules d'une hauteur inférieure à 2,70, un second appel d'offres a été organisé pour l'attribution du marché public de travaux litigieux ; que ce marché devait être passé selon la procédure d'appel d'offres ouvert prévue aux articles 19 à 25 du code des marchés publics de toute nature passés au nom du territoire de la Polynésie française et de ses établissements publics ; que les candidats à l'attribution du marché devaient obligatoirement présenter une offre conforme à la solution de base, comportant notamment le lestage du radier, avec pompage lors des travaux et une structure constitué d'ouvrages en béton armé réalisés après pose de palplanches ; qu'ils pouvaient présenter une offre avec variante portant, notamment, en ce qui concerne la structure, sur la réalisation de parois moulées ; que le groupement dont la SA JL POLYNESIE est le mandataire a présenté une offre conforme à la solution de base et une offre avec variante comportant la réalisation d'une structure avec parois moulées ; que son offre de base a été écartée aux motifs qu'elle n'était pas assez détaillée quant à la description de l'exécution de l'ouvrage principal, que l'expérience du groupement notamment en matière de palplanches n'était pas suffisamment probante et que son délai d'exécution n'était pas le mieux disant ; que son offre avec variante n'a pas été

retenue aux motifs qu'elle était entachée d'une erreur de conception, que sa réalisation risquait d'empiéter en dehors de l'emprise publique et de conduire à des dépassements du coût ; qu'il ne ressort pas des indications fournies à l'audience publique que l'offre finalement retenue ne serait pas celle comportant la solution de base ;

Considérant que le 9 de l'avis d'appel à la concurrence relatif au marché litigieux indiquait : « *Critères de jugement des offres : offre économiquement et techniquement la plus avantageuse appréciée en fonction des critères énoncés dans le règlement de la consultation.* » ; que le point 02.07 du règlement particulier de l'appel d'offres mentionnait que le délai d'exécution était laissé à l'initiative des candidats sans pouvoir dépasser un délai plafond de 27 mois, lequel serait réputé être le délai contractuel à défaut d'autre précision, sur la base duquel l'offre serait jugée ; qu'aux termes du 04.01 du même règlement particulier ; « *Conditions de jugement des offres – Le jugement sera effectué dans les conditions prévues à l'article 25 du code des marchés publics et notamment les critères suivants : - valeur technique de l'offre / - capacité de l'entreprise au regard de l'opération à réaliser / - montant de son offre. Une solution variante pourra être retenue même si la solution de base du candidat n'est pas l'offre la mieux disante parmi les offres remises en solution de base.* » ;

Considérant, qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, d'une part, le marché, passé selon la procédure de l'appel d'offres ouvert, devrait être exécuté selon la solution de base proposée aux candidats et, d'autre part, l'offre comportant la solution de base du groupement d'entreprises dont la SA JL POLYNESIE est le mandataire a été écartée au motif notamment que le délai d'exécution figurant dans cette offre n'était pas le plus court ; que le délai d'exécution a, ainsi, constitué un critère de sélection au moins aussi important que la valeur technique et le prix de l'offre ; que, si, ainsi qu'il a également été dit ci-dessus, ni les dispositions des articles 20 et 25 du code des marchés publics de toute nature passés au nom du territoire de la Polynésie française et de ses établissements publics, ni aucune autre disposition de ce code n'imposent que l'information des candidats à l'attribution d'un marché public comporte l'indication de la pondération des critères retenus pour la sélection des offres ou celle des sous-critères éventuellement utilisés ou de la méthode de notation des offres, elles impliquent nécessairement que, 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'avis d'appel d'offres et les documents mis à la disposition des candidats indiquent la hiérarchisation des différents critères, lorsqu'une telle hiérarchisation a été retenue pour le jugement des offres ; que si le règlement particulier de l'appel d'offres du marché litigieux, auquel renvoyait l'avis d'appel à la concurrence publié pour la passation de ce marché, renvoyait lui-même aux dispositions de l'article 25 du code des marchés publics de toute nature passés au nom du territoire de la Polynésie française et de ses établissements publics, qui font figurer le délai d'exécution au nombre des critères servant à la sélection des offres, ni l'avis d'appel d'offres ni le règlement particulier de l'appel d'offres ne faisaient apparaître le délai d'exécution comme l'un des éléments de l'offre dont il serait particulièrement tenu compte lors du dépouillement pour l'attribution du marché ; que, dès lors que le délai d'exécution figurait au nombre de ces éléments, la SA JL POLYNESIE est fondée à soutenir que l'absence d'indication sur la situation du critère du délai d'exécution dans la hiérarchie des critères de sélection des offres a constitué un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché litigieux, que, par suite, la procédure de passation de ce marché a été irrégulière dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché et que cette irrégularité a été de nature à la léser ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la SA JL POLYNESIE est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché public de travaux relatif à l'aménagement du carrefour dénivelé de la mairie de la commune de Punaauia ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de condamner, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, la Polynésie française à verser à la SA JL POLYNESIE une somme de 150 000 F CFP au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché public de travaux relatif à l'aménagement du carrefour dénivelé de la mairie de la commune de Punaauia est annulée.

Article 2 : La Polynésie française paiera à la SA JL POLYNESIE une somme de 150 000 F CFP en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SA JL POLYNESIE et à la Polynésie française.

Fait à Papeete le 30 mai 2012

Le président, juge des référés,

La greffière,

B. LEPLAT

D. GERMAIN

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,
La greffière en chef,

D. GERMAIN