TA Polynésie française, commune de Bora Bora, 11 juillet 2022, n°2200279

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 2 juillet 2022, et un mémoire enregistré le 11 juillet 2022, M. A demande au juge des référés :

1°) d'enjoindre à la commune de Bora Bora, à titre conservatoire, dès la réception de la requête, de différer la signature du marché attaqué, dans la limite de 20 jours en application du troisième alinéa de l'article L. 551-24 du code de justice administrative ;

2°) d'annuler la décision de la commune de Bora Bora d'attribuer à la société SPEED les lots n°1 « assistance pour la passation d'un contrat d'affermage du service d'assainissement des eaux usées » et n°2 « assistance pour la passation d'un contrat d'affermage du service de l'eau industrielle » du marché d'assistance pour la passation de contrats d'affermage ainsi que la décision corrélative de rejet de l'offre du groupement composé de la société Occelia et de Me Mickaël Poeaheiau A, et de tirer les conséquences de ces annulations.

Il soutient que la candidature de la société SPEED, attributaire du marché, est irrégulière dans la mesure où la société SPEED a répondu seule à la consultation, alors qu'il ressort du cahier des charges que les prestations demandées aux candidats comportaient des prestations juridiques ; en cas de commande publique incluant des prestations juridiques, il doit y avoir un groupement conjoint avec un professionnel du droit et une répartition des tâches entre ce dernier et les autres membres du groupement, ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat dans une décision du 4 avril 2018, n°415946 ; plusieurs décisions du juge administratif ont considéré que des contrats étaient entachés d'une cause illicite dès lors qu'ils faisaient intervenir des bureaux d'études en lieu et place de professionnels du droit ; cette pratique porte ainsi atteinte aux articles 1er, 2 et 3 de la délibération n° 2002-162 APF du 5 décembre 2002 portant réglementation de la consultation juridique et la rédaction d'actes sous seing privé ; la sous-traitance des prestations juridiques dans un marché public à un professionnel du droit est prohibée.

Par un mémoire en défense, enregistré le 8 juillet 2022, la commune de Bora Bora, représentée par Me Quinquis, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de M. A une somme de 300 000 F CFP au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

– le marché portant sur l'attribution d'un contrat d'assistance à maîtrise d'ouvrage ne comporte pas de prestations de conseils et d'assistance juridique ; il s'agit de réaliser un audit des deux délégations de service public en cours ; la mission ne relève pas de la consultation juridique mais du conseil en stratégie ; le fait que certains aspects de la mission effleurent au droit de la commande publique est insuffisante pour imposer l'obligation de recourir à un professionnel du droit ;

– la société SPEED a précisé dans son dossier de candidature que si une consultation juridique était nécessaire, la prestation serait sous-traitée à un cabinet d'avocats ; aucun texte applicable en Polynésie française n'interdit l'intervention d'un cabinet d'avocat en qualité de sous-traitant dans un marché public comportant une prestation juridique.

Par une ordonnance du 4 juillet 2022, le juge des référés a enjoint à la commune de Bora Bora de différer la signature du marché litigieux au plus tard jusqu'au 12 juillet 2022.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- la délibération n° 2002-162 APF du 5 décembre 2002 ;
- le code polynésien des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Ont été entendus au cours de l'audience publique, à laquelle les parties ont été régulièrement convoquées :

- Mme C de Saint-Germain, première conseillère, en son rapport ;
- M. A et Me Quinquis, représentant la commune de Bora Bora, qui ont repris les moyens et arguments sus analysés.

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

Considérant ce qui suit :

1. La commune de Bora Bora a lancé une procédure adaptée en vue de l'attribution d'un marché, décomposé en deux lots, portant sur de prestations d'assistance pour la passation de contrats d'affermage portant sur le service d'assainissement des eaux usées et le service de l'eau industrielle. Par courrier du 3 juin 2022, la commune de Bora Bora a informé la société Occelia et M. A du rejet de l'offre présentée pour chacun des deux lots. Par la présente requête, M. A demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-24 du code de justice administrative, d'annuler la décision d'attribution des lots n°1 et 2 à la société SPEED ainsi que la décision de rejet de leur offre.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L.551-24 du code de justice administrative

2. 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 ».

3. Les personnes habilitées à engager le recours prévu à l'article L. 551-24 du code de justice administrative en cas de manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué. 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. Le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu est susceptible d'avoir lésé le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa candidature devait elle-même être

écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable.

4. Aux termes de l'article 1er de la délibération n° 2002-162 APF du 5 décembre 2002 portant réglementation de la consultation juridique et la rédaction d'actes sous seing privé : « Nul ne peut, directement ou par personne interposée, à titre habituel et rémunéré, donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé pour autrui s'il ne satisfait aux conditions suivantes : – justifier d'une compétence juridique appropriée à l'activité de consultation juridique et de rédaction d'actes sous seing privé qu'il est autorisé à pratiquer conformément aux dispositions de la présente délibération. Ne justifient de la compétence juridique appropriée que les personnes exerçant les professions et activités visées aux articles 2 et 3 ainsi que les organismes visés à l'article 4 de la présente délibération ; () » . Aux termes de l'article 2 de la même délibération : « Les personnes exerçant les professions et activités définies au présent article sont réputées posséder la compétence juridique appropriée : 1° – A la consultation et la rédaction d'actes en matière juridique : a – les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avocats inscrits à un barreau français, les avoués près les cours d'appel, les notaires, les huissiers de justice, les commissaires-priseurs, les administrateurs judiciaires, les mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises disposent concurremment, dans le cadre des activités définies par leurs statuts respectifs, du droit de donner des consultations juridiques et de rédiger des actes sous seing privé pour autrui ; () »

5. Il appartient au pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public portant sur des activités dont l'exercice est réglementé, de s'assurer que les soumissionnaires remplissent les conditions requises pour les exercer. Toutefois, lorsque les prestations qui font l'objet du marché n'entrent qu'en partie seulement dans le champ d'activités réglementées, les opérateurs économiques peuvent présenter leur candidature et leur offre sous la forme d'un groupement conjoint, dans le cadre duquel l'un des cotraitants possède les qualifications requises. Ainsi, pour un marché relatif à des prestations ne portant que partiellement sur des consultations juridiques ou la rédaction d'actes sous seing privé, il est loisible à un opérateur économique ne possédant pas ces qualifications de s'adjoindre, dans le cadre d'un groupement conjoint, en tant que cotraitant, le concours d'un professionnel du droit, à la condition que la répartition des tâches entre les membres du groupement n'implique pas que celui ou ceux d'entre eux qui n'ont pas cette qualité soit nécessairement conduit à effectuer des prestations relevant de l'article 1er de la délibération du 5 décembre 2002.

6. En l'espèce, le marché litigieux a pour objet l'assistance à la passation de contrats d'affermage du service d'assainissement des eaux usées et du service de l'eau industrielle, le règlement de la consultation prévoyant que » les deux lots seront attribués au même candidat considérant la particularité envisagée par le maître d'ouvrage, à savoir la fusion des deux services dont la décision sera prise une fois les analyses demandées réalisées « . Il résulte de l'article 2 du règlement de la consultation et cahier des charges que la commune de Bora Bora envisage la fusion des deux services, après analyses juridique, financière et technique. Aux termes de ce même article, le titulaire du marché devra réaliser une étude comportant une analyse de l'ancien contrat, une analyse de l'opportunité juridique, technique et financière de la fusion du service d'assainissement et du service d'eau industrielle et une analyse du type et de la durée du contrat de délégation de service public. Le titulaire du marché devra également rédiger le dossier de consultation des entreprises, lequel comporte notamment le contrat et le règlement du service. Il en résulte que le marché en litige comporte, en partie, des prestations de consultations juridiques et de rédaction d'acte sous seing privé.

7. Il résulte du dossier de candidature de la société SPEED que la réalisation des différentes phases d'études et la rédaction du dossier de consultation des entreprises est répartie entre trois ingénieurs sénior de la société. Si le dossier de candidature indique également « en cas de besoin sur des sujets spécifiques il sera fait appel à nos partenaires usuels (sous-traitant) pour les contrats de DSP : Expertise juridique : cabinet de Maître Arcus Usang avocat au barreau de Polynésie française », ce cabinet n'est toutefois pas partie au marché et, en tout état de cause, le champ précis de son intervention n'est pas défini. Dans ces conditions, la société SPEED ne pouvait, sans méconnaître les dispositions de la délibération précitée du 5 décembre 2002, être candidate à l'attribution d'un marché nécessitant, même à titre subsidiaire, la réalisation de prestations juridiques.

8. Il résulte de ce qui précède que la commune de Bora Bora, en ne rejetant pas comme irrégulière la candidature de la société SPEED, a méconnu les dispositions de la délibération précitée du 5 décembre 2002 et

a ainsi manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Par suite, le requérant, dont il ne résulte pas de l'instruction que son offre aurait dû elle-même être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable, a été lésé et est fondé à demander l'annulation de la procédure de passation du marché litigieux à compter de l'analyse des offres des candidats.

9. Eu égard au stade auquel est prononcée l'annulation de la procédure, il appartiendra à la commune de Bora Bora, si elle entend conclure le marché en cause, de reprendre la procédure au stade de la sélection des offres.

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

10. Les dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de M. A.

ORDONNE

Article 1er : La procédure de passation des lots n°1 » assistance pour la passation d'un contrat d'affermage du service d'assainissement des eaux usées » et n°2 » assistance pour la passation d'un contrat d'affermage du service de l'eau industrielle » du marché d'assistance pour la passation de contrats d'affermage est annulée au stade de l'examen des offres.

Article 2 : Les conclusions de la commune de Bora Bora tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à M. A, à la société SPEED et à la commune de Bora Bora.

Fait à Papeete, le 11 juillet 2022.

La juge des référés, La greffière,

E. C de Saint-Germain V. Ly

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,