

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LA POLYNESIE FRANCAISE**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 1900229

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIETE BERNARD TRAVAUX POLYNESIE

Audience du 19 juillet 2019
Ordonnance du 22 juillet 2019

Le juge des référés

39-08-015

C

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 5 juillet 2019, et un mémoire enregistré le 19 juillet 2019, présentés par la SELARL Groupavocats, la société Bernard Travaux Polynésie (BTP) demande au juge des référés, dans le dernier état de ses écritures :

- d'enjoindre à la Polynésie française de différer la signature du marché de travaux de revêtement de chaussées, d'aménagement et tous travaux connexes de purges localisées, de reprofilage, d'assainissement pluvial, de réseaux sur diverses routes territoriales de Moorea et Maiao, dès l'engagement de la requête en référé précontractuel, et pendant un délai de 20 jours à compter de l'ordonnance à intervenir ;
- d'annuler la décision de la Polynésie Française n°5177/DEQ/INF du 20 juin 2019 portant élimination de son offre ;
- à titre principal, d'enjoindre à la Polynésie française de réintégrer son offre dans l'analyse et le classement des offres du marché ; à titre subsidiaire, d'annuler la procédure de passation du marché ;
- de condamner la Polynésie française à lui verser la somme de 300.000 F CFP au titre de l'article 1.761-1 du Code de justice administrative.

Elle soutient que :

- sa requête, introduite dans le délai de seize jours à compter de la date d'envoi de la notification du rejet de son offre, est recevable ;
- son offre est régulière en ce qui concerne le bitume ;
- la Polynésie française n'établit pas que le ciment proposé dans son offre ne serait pas conforme aux prescriptions du CCTP ;
- le principe d'allotissement des marchés, prévu par l'article L.P 222-1 du code polynésien des marchés publics, n'a pas été respecté ;
- le principe d'égalité de traitement n'a pas été respecté, dès lors qu'elle a été privée de la possibilité de compléter son dossier dans les mêmes conditions que les autres candidats.

Par des mémoires enregistrés les 16 et 18 juillet 2019, présentés par la SCP UGGC Avocats, la société par actions simplifiée (SAS) Boyer conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société BTP à lui verser la somme de 600.000 F CFP au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'offre de la société BTP est irrégulière, tant en ce qui concerne le bitume que le ciment ;
- le moyen tiré de la méconnaissance de l'obligation d'allotissement du marché est inopérant, et non fondé ;
- le moyen tiré de la rupture d'égalité n'est pas fondé.

Par un mémoire enregistré le 18 juillet 2019, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable, dès lors que le ciment proposé par la société requérante n'est pas conforme aux prescriptions du CCTP et qu'il existe des incohérences entre les fiches techniques et les fiches FAM qu'elle a présentées en matière de bitume ;
- le manquement allégué aux prescriptions du règlement de la consultation et du CCTP n'est pas établi, et l'offre de la société requérante était bien irrégulière ;
- le moyen tiré de l'atteinte au principe d'allotissement n'est pas fondé ;
- la méconnaissance de l'égalité de traitement entre les candidats n'est pas établie.

Par ordonnance du 5 juillet 2019, le juge des référés a enjoint à la Polynésie française de différer la signature du contrat litigieux jusqu'au 24 juillet 2019.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

- M. Tallec, président, en son rapport ;
- Me Kretly, substituant Me Jourdainne, représentant société BTP, M. Le Bon, représentant la Polynésie française, et Me Ferré, représentant la SAS Boyer, qui ont repris les moyens et arguments sus analysés.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience le 19 juillet 2019 à 13h00.

Considérant ce qui suit :

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L.551-24 du code de justice administrative

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. » 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. 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.

2. Par avis d'appel public à la concurrence n°46-18 MET publié au Journal officiel de la Polynésie française le 11 janvier 2019, la Polynésie française a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché public portant sur « les travaux de revêtement de chaussées d'aménagement et tous travaux connexes de purges localisées, de reprofilage, d'assainissement pluvial, de réseaux, sur diverses routes territoriales de Moorea et Maiao ». La société BTP a remis son offre le 11 février 2019. Par lettre du 20 juin 2019, le directeur de l'équipement a informé la société requérante du rejet de son offre. Il lui a indiqué que celle-ci était irrégulière, au motif qu'elle n'avait pas respecté les prescriptions de l'article XII. B.d) du règlement de la consultation, aux termes duquel « *L'attention des soumissionnaires est attirée sur le fait que toute offre comprenant un mémoire incomplet dans sa forme et son contenu pourra être refusée. Ce mémoire comprendra : d) les indications concernant la provenance et les caractéristiques des principales fournitures ainsi que les références des fournisseurs correspondants (fiches et/ ou notices techniques des principaux matériaux et matériels de construction mis en œuvre, exemple suivant le contexte : ciment, fer à béton, matériel électrique* ». Il lui a enfin précisé : « La seule fiche FAM présentée dans votre offre correspond à un bitume 60/70 et n'est donc pas conforme aux prescriptions du CCTP ».

3. Aux termes de l'article L.P 235-3 du code polynésien des marchés publics : « *Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables au sens de l'article L.P 122-3 sont éliminées par l'acheteur public. Si une offre paraît anormalement basse, l'acheteur public demande au candidat qu'il fournisse les précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies, l'acheteur public établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette par décision motivée* ». L'article L.P 122-3 du même code précise qu'est irrégulière une « *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* ».

4. L'article III-2.2 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) du marché litigieux, relatif aux liants hydrocarbonés, précise : « *Les liants utilisés pour la fabrication des enrobés seront des bitumes purs de classe 35/50 ou 50/70 conformes à la norme NF EN 12591* ». Or, il résulte de l'instruction que l'offre de la société BTP comporte un bitume de classe 60/70, qui n'est pas au nombre de ceux répertoriés au sein de la norme NF EN 12591 et n'est ainsi pas conforme à ces prescriptions, qui ne sont entachées d'aucune ambiguïté. La société requérante ne saurait utilement faire valoir ni que le bitume de classe 60/70 serait utilisé pour d'autres marchés

d'entretien de la Polynésie française, ni qu'elle a également remis une fiche portant sur un bitume de classe 35/50, dès lors notamment que les candidats devaient proposer les deux catégories de bitumes mentionnées, afin de permettre à l'administration, au stade de l'exécution de ce marché à bons de commande, de choisir l'une ou l'autre de ces catégories, en fonction des besoins. Elle ne saurait davantage sérieusement soutenir qu'une simple erreur matérielle aurait été commise dans la présentation de son offre. Si elle indique que le bitume de classe 60/70 serait équivalent au bitume de classe 50/70, les éléments qu'elle a produits pour la première fois à l'instance ne permettent en tout état de cause nullement de l'établir. Enfin, la Polynésie française établit devant le juge des référés que les deux catégories de bitumes proposées par la société BTP ne répondent pas aux exigences fixées par les documents de la consultation en matière de pénétrabilité à 25° C.

5. En outre, il résulte de l'instruction que le ciment CPJ 42,5 (relevant de la catégorie CEM II) figurant dans l'offre de la société BTP ne répond pas aux prescriptions de l'article V-4 du CCTP, qui imposent un ciment CPA-CEM I 42,5 ou 52,5 PM pour le béton armé, et un ciment CPA-CEM I 32,5 pour le béton courant.

6. Dès lors que son offre était irrégulière, la société BTP ne peut justifier d'un intérêt lésé et n'est ainsi pas fondée à invoquer des éventuels manquements de la Polynésie française à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Il en résulte que les conclusions qu'elle présente sur le fondement de l'article L.551-24 du code de justice administrative ne peuvent qu'être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

7. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation.* »

8. Les dispositions précitées s'opposent à ce que la Polynésie française, qui n'est pas la partie perdante, soit condamnée à verser à la société BTP une quelconque somme au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu en revanche de faire droit aux conclusions de la SAS Boyer présentées sur le même fondement en condamnant la société requérante à lui verser la somme de 500.000 F CFP.

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête de la société Bernard Travaux Polynésie est rejetée.

Article 2 : La société Bernard Travaux Polynésie versera à la SAS Boyer la somme de 500.000 F CFP au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Bernard Travaux Polynésie, à la Polynésie française et à la SAS Boyer.

Fait à Papeete, le vingt-deux juillet deux mille dix-neuf.

Le juge des référés,

Le greffier,

J-Y. Tallec

M. Estall

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,