

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LA POLYNESIE FRANCAISE**

N° 2100111

EURL ECOWATT

**M. Devillers
Président**

**Audience du 23 avril 2021
Ordonnance du 23 avril 2021**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le président, juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 6 avril 2021, complétée par un mémoire enregistré le 23 avril 2021, l'Eurl Ecowatt, représentée par Me Jacquet, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L.551-24 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché public lancé par la commune d'Uturoa, portant sur l'offre de maîtrise d'œuvre pour la construction d'une centrale hybride ;

2°) de mettre à la charge de la commune d'Uturoa la somme de 339 000 F CFP à lui verser en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

-le principe d'égalité est méconnu ; la société Speed a réalisé l'étude de faisabilité du projet et disposait d'un avantage certain dans l'établissement de son offre puisque, alors que les prix indiqués dans l'étude de faisabilité communiquée aux candidats en avaient été retirés, d'une part, elle connaissait les différents coûts de l'opération et, d'autre part, le budget alloué à la maîtrise d'œuvre pour laquelle elle soumissionnait ; il n'y a eu qu'une seule étude de faisabilité pour ce projet de centrale et l'estimation du coût des travaux et de la maîtrise d'œuvre est bien fondée sur cette étude ainsi qu'il ressort de l'article 20 du CCAP ; la société Speed a été avantagée aussi pour l'appréciation des coûts d'investissement du projet, elle seule ayant visité le site ;

- il convient également de relever que la société Speed a obtenu une note de 60/60 sur le critère technique, elle-même de 55/60, alors que la commune ne disposait pas des compétences techniques pour analyser les offres qui lui seraient soumises au regard de la complexité du projet et que la société Speed n'a jamais réalisé de centrale hybride alors qu'elle-même en a deux à son actif, l'ensemble démontrant que l'attributaire du marché était pressenti dès l'origine.

-la commune a comparé des montants d'offres HT et TTC et la comparaison à laquelle elle a procédé est donc erronée ;

- l'offre de la société Speed ne peut qu'être regardée comme étant anormalement basse ; sa note relative au montant de l'offre est de 30 /30, soit la note maximale, et elle est moins-disante de 27, 67%, alors même que le projet est d'une complexité certaine, liée à plusieurs contraintes ;
- la commune ne lui a irrégulièrement pas communiqué le détail de la notation sur le critère de la valeur technique ;

Par un mémoire en défense enregistré le 22 avril 2021, la commune d'Uturoa, représentée par Me Mikou, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société Speed une somme de 282 500 FCFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les informations financières de l'étude de faisabilité fournie au dossier de consultation n'ont pas été tronquées. La commune d'Uturoa a retiré les informations financières relatives à une centrale solaire, désormais sans intérêt pour l'appel d'offres relatif un marché de maîtrise d'œuvre pour la réalisation d'une centrale hybride. L'ensemble des candidats a été rendu destinataire, notamment, du programme technique de l'opération contenant une estimation du coût prévisionnel des travaux de 1,3 milliard de FCFP, le coût selon les tranches étant détaillé à l'article 20 du CCAP. En tout état de cause, la société Ecowatt aurait pu demander ces informations pendant le cours de la procédure d'appel d'offres, mais s'est abstenue de le faire, car précisément elle n'en avait pas besoin.
- le moyen tiré de ce que l'offre de la société SPEED, qui a reçu une note de 30/30 au critère prix, serait anormalement basse, n'est assorti d'aucun élément de nature à appuyer cette allégation.
- sur la note technique attribuée à la requérante, il n'appartient pas au juge des référés précontractuels d'apprécier les mérites respectifs des offres des candidats.

Par un mémoire en défense enregistré le 22 avril 2021, la société Polynésienne de l'Eau, de l'Electricité et des Déchets (SPEED), représentée par Me Usang, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société Speed une somme de 254 250 FCFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable à défaut de justification de la capacité et de la qualité pour agir de son gérant.
- la commune n'a aucunement rompu l'égalité entre les candidats. Il n'est pas précisé quelle norme du code des marchés publics serait méconnue. La société Speed n'a pas étudié la faisabilité à Uturoa d'une centrale thermique mais d'une centrale solaire.
- elle a proposé un taux de rémunération compétitif mais en rien anormalement bas. La référence par la requérante au guide la loi MOP est inopérante en Polynésie française où ce guide n'est pas applicable, les taux indiqués étant inadaptés au plan de l'impact fiscal et social.
- ses références dans le domaine de la distribution publique d'électricité sont bien supérieures à celle de la société requérante.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- le code polynésien des marchés publics ;
- 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, Me Jacquet pour l'Eurl Ecowatt, Me Allegret pour la commune d'Uturoa et Me Levrat pour la société Speed, 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. 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. » ;

2. L'Eurl Ecowatt demande au juge des référés d'annuler la procédure de passation du marché portant sur l'offre de maîtrise d'œuvre pour la construction d'une centrale hybride photovoltaïque-thermique par la commune d'Uturoa.

Sur la recevabilité :

3. La requête est présentée par la société Ecowatt, candidate évincée, qui dispose à ce titre d'un intérêt pour agir et est régulièrement représentée par son gérant qui dispose de la capacité à agir pour son compte. Cette fin de non-recevoir doit donc être écartée.

Sur le moyen tiré d'une rupture d'égalité entre les candidats :

4. L'Eurl Ecowatt expose que la société Speed, ayant réalisé l'étude de faisabilité du projet et ainsi procédé à l'estimation du coût des travaux et de la maîtrise d'œuvre, ayant également visité le site et pu apprécier les coûts d'investissement liés à l'implantation de la centrale, a bénéficié d'informations privilégiées par rapport aux autres candidats, lui permettant de proposer une offre de rémunération de maîtrise d'œuvre plus basse.

5. Il est toutefois constant que l'étude de faisabilité réalisée par la société Speed, au demeurant à la demande de la précédente municipalité d'Uturoa et qui avait pour objet un projet différent de centrale photovoltaïque, a été communiquée aux candidats afin qu'ils disposent notamment des éléments relatifs au fonctionnement de la centrale existante. Si les indications relatives au coût de ce projet de centrale photovoltaïque abandonné ont, toutefois, été occultées, cette circonstance, alors que le projet était différent tant dans sa nature que dans son implantation,

n'est pas de nature à avoir pu fausser les règles de concurrence en maintenant au seul profit de la société Speed une information privilégiée.

6. Si la société Ecowatt expose que les documents du marché contiennent des incohérences sur le prix des prestations à réaliser ayant avantagée la société Speed qui a réalisé l'étude de faisabilité mentionnée à l'article 20 du CCAP dès lors qu'il y est indiqué que « Le coût total prévisionnel des travaux objet des éléments de mission constitutifs de chaque tranche est basé sur des études pré opérationnelles validées par la commune de Uturoa », cette circonstance est sans emport dès lors que le CCAP mentionne sans ambiguïté au même article le coût prévisionnel de la tranche ferme (1. 200 000 FCFP HT) et des trois tranches conditionnelles, permettant aux candidats de proposer leur rémunération attendue.

7. De même, il résulte du programme technique que celui-ci détaillait le lieu d'emplacement de la future centrale, avec une carte des lieux, et les candidats à qui ce document avait été transmis pouvaient le cas échéant s'ils l'estimaient nécessaire se rendre sur place pour apprécier le coût des accès et aménagements à réaliser. Enfin, la seule circonstance que la société attributaire ait obtenu une note de 60/60 sur le critère de la valeur technique ne démontre pas, quand bien même la commune ne disposerait pas, ainsi qu'il est allégué, des compétences techniques nécessaires pour analyser les offres, l'intention de la collectivité de privilégier ce candidat. Le moyen tiré de la méconnaissance des principes d'égalité de traitement et d'impartialité et manque en fait.

Sur le moyen tiré du caractère anormalement bas de l'offre de la société Speed :

8. A la Section 3 - *Examen des offres*, l'article LP 235-3 du code des marchés publics polynésien dispose : « (...) *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. Les offres qui n'ont pas été éliminées en application du premier et du deuxième alinéa sont jugées au regard du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, puis sont classées par ordre décroissant. L'offre économiquement la plus avantageuse choisie en application du ou des critères annoncés est l'offre la mieux classée par l'acheteur public.* ». Au Titre II- Définition et déroulement des différentes procédures de marchés publics et au sein du Chapitre II - Appel d'offres, l'article LP 322-6 dispose : « (remplacé, Lp n° 2019-37 du 20/12/2019, article LP 19) »

9. Le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public. Il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre.

10. En l'espèce, si la société Ecowatt expose que l'offre de la Speed devait être regardée comme étant anormalement basse, étant moins-disante de 27, 67% par rapport à sa propre position de prix, alors même que le projet est d'une complexité certaine, la société requérante qui ne peut utilement alléguer du caractère anormalement bas d'une offre en se référant à sa seule proposition de prix ne justifie pas en quoi l'offre proposée par la société Speed aurait été manifestement sous-

évaluée dans des conditions de nature à compromettre la bonne exécution du marché. Ce moyen doit donc être écarté.

Sur le moyen tiré d'une erreur dans l'analyse des offres :

11. Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi au choix de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats. La société Ecowatt, qui ne démontre ni n'allègue une dénaturation du contenu de son offre, en faisant simplement valoir qu'elle dispose de références particulièrement solides dans le domaine des centrales hybrides, ne peut, dès lors, utilement contester devant le juge du référé précontractuel les notes attribuées à la société Speed sur le critère de la valeur technique.

Sur le moyen tiré d'une incohérence dans les documents de la consultation :

12. La société Ecowatt expose que les documents de la consultation comportent des informations discordantes sur le montant prévisionnel des travaux, empêchant de déterminer sur quelle base les candidats ont calculé leurs propositions de rémunération. Le CCAP mentionne en son article 20 - Rémunération du titulaire que la tranche ferme est estimée à 1 200 000 000 FCFP HT, la tranche conditionnelle n°1 à 317 000 000 FCFP HT, la tranche conditionnelle n°2 à 731 000 000 FCFP HT et la tranche conditionnelle n°3 à 317 000 000 FCFP HT, alors que le programme technique de l'opération contient lui une estimation du coût prévisionnel des travaux de 1 300 000 000 XPF HT. Toutefois, il est constant que l'acte d'engagement, à remplir par les candidats pour y indiquer leur proposition de rémunération, distingue les éléments de rémunération selon la tranche ferme et les tranches conditionnelles et pour chaque élément de mission. Il se rapporte ainsi nécessairement aux éléments, de même nature et correspondants, présentés dans le CCAP. Au demeurant, si elle estimait néanmoins ambiguë cette question du montant prévisionnel des travaux, la société requérante disposait de la possibilité d'interroger sur ce point la commune, ce qu'elle n'a pas fait. Ce moyen doit donc être écarté.

Sur les moyens tirés d'une erreur dans l'analyse des offres et d'une absence d'information sur le détail de la notation du critère de la valeur technique :

13. D'une part, en se fondant sur les éléments, imprécis sur ce point, contenus dans le mémoire en défense de la commune, la société Ecowatt expose que la commune d'Uturoa a comparé des montants d'offres HT pour la société Speed et TTC pour elle-même et que la comparaison à laquelle elle a ainsi procédé est erronée. Ce moyen opérant ayant été soulevé dans le mémoire produit par la société Ecowatt juste avant l'audience, le conseil de la commune n'a pu apporter d'éléments de réponse.

14. D'autre part, aux termes de l'article LP 332-1 du codes des marchés publics polynésiens, *Rédaction issue de la Loi du Pays n° 2019-37 du 20 décembre 2019* « I - Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, 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 (...) ». Aux termes de l'article 10 du règlement de la consultation : « – *Critères d'attribution. Les offres seront analysées sur la base des critères pondérés suivants : • N1 : Valeur technique de la prestation sur 60 points, • N2 : Prix de la prestation sur 30 points, • N3 : Planning et délais d'études sur 10 points. N1 : Valeur technique des prestations sur 60 points La valeur technique de l'offre est basée sur l'analyse du mémoire technique. Les sous-critères de jugement de la valeur technique sont :- La présentation et l'organisation de l'équipe d'étude (10 points) - Les compétences de l'équipe d'étude dans le domaine de l'ingénierie des VRD, du génie-civil, de la production d'électricité à partir de groupes électrogènes et de panneaux photovoltaïques, et de la distribution d'électricité, (25 points) - La méthodologie mise en œuvre pour répondre aux besoins développés dans le cahier des charges (25 points) (...)* ».

15. Il résulte de l'instruction que, par courrier daté du 26 mars 2021, la commune d'Uturoa a indiqué à la société requérante le nom du candidat retenu, son classement en seconde position et les notes qui ont été attribuées à la société Speed et à elle-même sur chacun des trois critères de sélection. Par un courrier en date du 6 avril 2021, le gérant de la société Ecowatt a toutefois demandé au maire de la commune de lui communiquer les détails de la notation attribuée, notamment sur la partie technique, soit notamment les notes obtenues sur les trois sous-critères du critère de la valeur technique.

16. En ne répondant pas à cette demande, la commune a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Un tel manquement est susceptible de léser la société Ecowatt. Dès lors, il y a lieu, avant de statuer sur les conclusions de la société Ecowatt tendant à l'annulation de la procédure, d'enjoindre à la commune d'Uturoa de communiquer à la société Ecowatt, avec copie au tribunal, dans un délai de huit jours à compter de la notification de la présente décision, le prix TTC de l'offre retenue et les notes obtenues par la société attributaire et la société Ecowatt sur les trois sous-critères de la valeur technique.

ORDONNE

Article 1^{er} : Il est sursis à statuer sur la demande de la société Ecowatt jusqu'à ce que la commune d'Uturoa lui ait communiqué, dans un délai de huit jours suivant la notification de la présente décision, avec copie au tribunal, les informations concernant le prix TTC de l'offre retenue et les notes obtenues par la société attributaire et la société Ecowatt sur les trois sous-critères de la valeur technique. La société Ecowatt disposera d'un délai de huit jours à compter de la communication de ces informations pour produire sur ces points de nouvelles observations.

Article 2 : La présente ordonnance sera notifiée à l'EURL Ecowatt, à la commune d'Uturoa et à la société SAS Speed.

Fait à Papeete, le 23 avril 2021.

Le président,

La greffière,

P. Devillers

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,