

Décision du Tribunal administratif n° 2300335 du 25 juin 2024

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires, enregistrés les 3 août et 25 novembre 2023 et 25 janvier, 21 février, 26 avril et 21 mai 2024, la société Poly-Diesel Engins et Usinages, représentée par la Selarl Jurispol, demande au tribunal :

1°) à titre principal, d'annuler le marché relatif à la " fourniture de pièces de rechange et prestations de maintenance long terme de la centrale électrique de Moorea " ;

2°) à titre subsidiaire, de résilier ledit marché ;

3°) d'annuler la décision de rejet opposée à sa demande préalable ;

4°) de condamner l'établissement public industriel et commercial " Te Ito Rau No Moorea Maiao " à lui verser la somme de 62 707 202 F CFP à titre de dommages et intérêts ;

5°) de mettre à la charge de l'établissement public industriel et commercial " Te Ito Rau No Moorea Maiao " une somme de 200 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les règles de procédure de passation du marché sont méconnues dès lors que le rapport préalable mentionné à l'article LP. 322-6 du code polynésien des marchés publics fait défaut ainsi d'ailleurs que l'analyse des offres et le procès-verbal de la commission d'analyse des offres, ce qui ne permet pas de contrôler la régularité de la constitution de cette commission ni de s'assurer que son offre a été étudiée dans le respect des règles de mise en concurrence et d'égalité de traitement entre les candidats ;

- le règlement de consultation a été méconnu et les critères d'attribution ont été dénaturés ; l'analyse des offres est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation ;

- s'agissant du critère " valeur technique des prestations ", elle bénéficie d'une expérience incontestable dès lors qu'elle intervient sur la centrale de Moorea depuis plusieurs années alors que la structure et l'organisation de la société Tahiti Bull sont moins importantes et que deux points d'écart seulement les sépare ; il n'est pas établi que l'établissement " Te Ito Rau No Moorea Maiao " ait pu obtenir la communication des curriculum vitae des membres de l'équipe du projet devant lui être transmis conformément au règlement de consultation de sorte qu'il est impossible de s'assurer que cet établissement a apprécié de manière juste ledit critère ;

- en ce qui concerne le critère relatif à la " durée et planification des prestations ", il n'est pas établi que la société attributaire propose une meilleure offre technique au titre des délais de fourniture des pièces détachées alors qu'elle-même se fournit auprès d'" Eneria ", distributeur français avec un accès direct à ses stocks ; sur ce critère, la société Tahiti Bull a obtenu une note de 8,73 au lieu de 8 par application d'un coefficient de majoration alors qu'il n'existe pas de coefficient de majoration dans le règlement de consultation ; le chiffrage de pièces en " REMAN " (reconditionnement), n'augmentera pas les délais ;

- en ce qui concerne le sous-critère 1 (planning prévisionnel), l'analyse des offres fait peut être apparaître qu'aucun planning et aucune organisation des opérations n'ont été fournis par la société

Tahiti Bull ; si l'offre de cette société ne contient que des généralités et des déclarations d'intention, il conviendra de retenir que ce sous-critère a été surévalué ;

- concernant le critère " prix des prestations ", la société attributaire a obtenu la note de 39,67 alors que la note de 33,70 lui a été attribuée et alors qu'elle-même dispose d'un personnel local et formé ; elle s'interroge sur la réalité du prix supposément inférieur proposé par la société Tahiti Bull ; les sous-critères choisis ex post par l'acheteur public ont notamment pour effet de donner une importance disproportionnée au prix des pièces de rechange, sur lequel l'offre de la société Tahiti Bull était particulièrement plus faible ; cette approche n'a en outre aucun sens économique dans la mesure où les pièces de révision sont d'une importance financière très inférieure à celle des révisions elles-mêmes ; l'analyse des prix est incorrecte également en ce qui concerne les visites majeures dès lors que la société attributaire s'est fondée sur un pourcentage de probabilité de casse et de remplacement de pièces alors qu'elle-même a présenté son offre en se fondant sur les recommandations du constructeur en la matière ;

- s'agissant du sous-critère 3 " méthodologie mise en œuvre ", le rapport d'analyse des offres fait des allusions à la société EDT alors que l'offre ne contient aucune référence à EDT ; la société Tahiti Bull n'a pas de certification " qualité " à l'inverse de la société Poly-Diesel Engins et Usinages ; il est fait état de l'utilisation de " méthodes de planification optimisée (5 S) " alors que cette méthode ne correspond pas à une méthode de planification, ce qui a conduit à survaloriser de manière erronée l'offre de la société Tahiti Bull par rapport à celle de son concurrent ;

- il existe des incohérences de chiffres sur le montant de l'offre de la société Tahiti Bull figurant dans le rapport d'analyse des offres ;

- elle a adressé à l'EPIC concerné une demande préalable et a lié le contentieux sur ses demandes indemnitaires ; elle avait une chance sérieuse de remporter le marché et son manque à gagner s'analyse comme la perte de marge subie du fait de son éviction irrégulière dudit marché ; en l'occurrence, la perte de marge brute sur la première année du marché s'élève à la somme totale de 62 707 020 F CFP ; elle produit les rapports de son commissaire aux comptes faisant apparaître les comptes de résultat des années 2020 à 2022.

Par des mémoires en défense enregistrés les 19 octobre et 11 décembre 2023 et 25 janvier, 9 février 15 et 16 mai 2024, l'établissement " Te Ito Rau No Moorea Maiao ", représenté par Me Fidèle, conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 200 000 F CFP soit mise à la charge de la société Poly-Diesel Engins et Usinages au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que l'offre de la société Poly-Diesel Engins et Usinages est une offre inacceptable au sens du 9° de l'article LP. 122-3 du code des marchés publics et qu'elle aurait dû être éliminée en application de l'article LP. 235-3 alinéa 1er du même code, que cette société ne justifie pas en tout état de cause d'un intérêt lésé et que les moyens de la requête ne sont pas fondés. Il soutient en outre qu'aucun des candidats n'a fourni de planning prévisionnel pour toute la durée du marché et qu'il résulte des articles 2.1 et 2.5 du règlement de consultation que le marché est passé sous la forme d'un marché à bons de commande, " sans minimum ", et avec un maximum de 190 millions F CFP HT par an et que, dans ces

conditions, la société requérante n'établit pas le caractère certain du préjudice allégué, le marché à bons de commande ne comportant pas d'engagement sur une quantité minimale alors que, par ailleurs, son offre est plus onéreuse que celle du candidat attributaire.

Par un mémoire enregistré le 25 janvier 2024, la société Tahiti Bull, représentée par la Selarl MVA, conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 339 000 F CFP soit mise à la charge de la société Poly-Diesel Engins et Usinages.

Elle fait valoir que les moyens de la requête ne sont pas fondés.

Par courrier du 6 mars 2024, les parties ont été informées de ce que le tribunal est susceptible de se fonder sur un moyen d'ordre public soulevé d'office tiré de ce que les conclusions indemnitaires de la société Poly-Diesel Engins et Usinages ont été présentées pour la première fois le 21 février 2024, soit après l'expiration du délai de recours contentieux, et constituent donc des conclusions nouvelles irrecevables.

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 ;

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Graboy-Grobescio,
- les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteure publique,
- les observations de Me Quinquis pour la société Poly-Diesel Engins et Usinages, celles de Me Fidèle pour l'établissement " Te Ito Rau No Moorea Maiao " et celles de Me Millet pour la société Tahiti Bull.

Considérant ce qui suit :

1. Par une publication au journal officiel de la Polynésie française en date du 25 novembre 2022, l'établissement public industriel et commercial (EPIC) " Te Ito Rau No Moorea Maiao " a lancé un appel à la concurrence relatif à la " fourniture de pièces de rechange et prestations de maintenance long terme de la centrale électrique de Moorea ". Par un courrier du 31 mars 2023, l'acheteur public a indiqué à la société Poly-Diesel Engins et Usinages que son offre n'avait pas été retenue, le choix de l'établissement public précité s'étant porté sur la société Tahiti Bull, société de fourniture d'équipements commerciaux et industriels, ainsi que cela a été confirmé dans l'avis d'attribution dudit marché paru le 2 juin 2023. Par la présente requête, la société Poly-Diesel Engins et Usinages sollicite, à titre principal, l'annulation du marché en litige, et subsidiairement, en demande la résiliation.

Sur la qualification d'offre " inacceptable " :

2. Aux termes de l'article LP. 122-3 9° du code polynésien des marchés publics, est une " offre inacceptable ", une offre " dont les conditions d'exécution méconnaissent la réglementation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché, après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas à l'acheteur public de la financer ". L'article LP. 235-3 de ce code dispose que " Les offres

inappropriées, irrégulières et inacceptables au sens de l'article LP 122-3 sont éliminées par l'acheteur public. ".

3. Si l'EPIC " Te Ito Rau No Moorea Maiao " fait valoir que l'offre de la société Poly-Diesel Engins et Usinages est une offre inacceptable et qu'elle aurait dû être éliminée par l'acheteur public en application des dispositions citées au point précédent, il ne résulte pas de l'instruction que le montant estimatif du budget porté à la connaissance des candidats aurait revêtu un caractère impératif ou qu'il aurait constitué le montant des crédits budgétaires alloués au marché avant le lancement de la procédure. Dans ces conditions, l'offre de la société requérante ne peut être regardée comme ayant présenté un caractère inacceptable au sens des dispositions précitées et ce moyen en défense doit donc être écarté. Sur la recevabilité des conclusions à fin de condamnation de l'établissement public industriel et commercial " Te Ito Rau No Moorea Maiao " à verser la somme de 62 707 202 F CFP à titre de dommages et intérêts :

4. En vue d'obtenir réparation de ses droits lésés, le concurrent évincé a ainsi la possibilité de présenter devant le juge du contrat des conclusions indemnitaires, à titre accessoire ou complémentaire à ses conclusions à fin de résiliation ou d'annulation du contrat. Il peut également engager un recours de pleine juridiction distinct, tendant exclusivement à une indemnisation du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat dont il a été évincé. Dans les deux cas, la présentation de conclusions indemnitaires par le concurrent évincé n'est pas soumise au délai de deux mois suivant l'accomplissement des mesures de publicité du contrat, applicable aux seules conclusions tendant à sa résiliation ou à son annulation. La recevabilité des conclusions indemnitaires, présentées à titre accessoire ou complémentaire aux conclusions contestant la validité du contrat, est en revanche soumise, selon les modalités du droit commun, à l'intervention d'une décision préalable de l'administration de nature à lier le contentieux, le cas échéant en cours d'instance, sauf en matière de travaux publics. Elles doivent également, à peine d'irrecevabilité, être motivées et chiffrées. Il n'appartient en effet pas au juge du contrat, saisi d'un tel recours contestant la validité du contrat, d'accorder au concurrent évincé une indemnité alors même que celui-ci n'aurait pas formulé de conclusions en ce sens.

5. Il résulte de l'instruction que la demande indemnitaire préalable du 5 décembre 2023 formée par la société Poly-Diesel Engins et Usinages, présentée pour la première fois par voie postale le 4 janvier 2024 et non retirée par l'établissement public " Te Ito Rau No Moorea Maiao ", doit être regardée, à la suite du silence de son destinataire, comme ayant donné lieu à une décision implicite de rejet en date du 4 mars 2024, soit liant le contentieux indemnitaire en cours d'instance. Ces conclusions étant en l'espèce motivées et chiffrées, elles doivent être regardées comme recevables au regard des développements énoncés au point précédent.

Sur la contestation de la validité du contrat :

6. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice

administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat en rapport direct avec son éviction.

En ce qui concerne la régularité de la décision d'éviction de la société Poly-Diesel Engins et Usinages :

7. En l'espèce, la société Poly-Diesel Engins et Usinages a été classée en deuxième position avec une note globale de 85,70/100 alors que la société Tahiti Bull a obtenu la note de 90,4 /100, soit un écart de 4,7 points entre ces deux candidats.

8. En premier lieu, au regard des pièces versées aux débats, la société requérante n'établit aucune méconnaissance des règles de procédure de passation du marché en se fondant sur l'absence du rapport préalable mentionné à l'article LP. 322-6 du code polynésien des marchés, de l'analyse des offres et du procès-verbal de la commission d'analyse des offres, lequel ne permettrait pas de contrôler la régularité de la constitution de cette commission.

9. En second lieu, le pouvoir adjudicateur a fixé, pour l'attribution du marché public litigieux, trois critères de jugement des offres, à savoir la valeur technique, la durée et planification des prestations et le prix, pondérés respectivement à 40, 20 et 40 %. Le critère de la valeur technique de l'offre était décomposé en trois sous-critères relatifs, d'une part, à la " présentation de la société " et la " présentation de l'équipe projet " valorisés à 5 points et, d'autre part, à la " méthodologie mise en œuvre (et) engagements du candidat et justification de la pertinence de l'offre " valorisé à 30 points. Le critère de la durée et planification des prestations était décomposé en deux sous-critères, l'un, relatif au " planning prévisionnel et pertinence de l'organisation des différentes opérations de maintenance en vue de minimiser le délai global de réalisation ", valorisé à 10 points, l'autre, concernant les " engagements du candidat sur les délais de fourniture des pièces détachées ", valorisé à 10 points.

10. S'agissant du critère " valeur technique ", la société Tahiti Bull, attributaire du marché litigieux, s'est vu attribuer une note totale de 32/40 tandis que la société Poly-Diesel Engins et Usinages a obtenu la note de 34/40. Alors que la requérante invoque le fait qu'elle bénéficie d'une expérience incontestable dès lors qu'elle intervient sur la centrale de Moorea depuis plusieurs années et que la structure et l'organisation de la société Tahiti Bull sont moins importantes, il ne ressort toutefois pas des pièces versées aux débats, particulièrement du rapport d'analyse des offres faisant état des mérites respectifs des sociétés candidates, que les deux points supplémentaires accordés à la société requérante soient insuffisants et caractérisent une appréciation erronée des offres sur ce point. Le règlement de consultation énonce, s'agissant de la partie technique de la présentation des offres, qu'un " curriculum vitae pour chacun des membres de l'équipe projet (formation initiale, expérience) devra mettre en valeur la réalisation d'études ou d'éléments de mission similaires à celles qu'il est prévu de lui confier. ". Si, comme l'admet la société attributaire, ces CV n'ont pas été fournis, il ne résulte pas de l'instruction

que le défaut de prise en compte de ces documents, en plus des éléments déjà fournis par la société attributaire concernant les membres de son équipe, aurait permis à la société Poly-Diesel Engins et Usinages d'obtenir une note supérieure pour le sous-critère relatif à la " présentation de l'équipe projet " .

11. En ce qui concerne, le sous-critère relatif à la " méthodologie mise en œuvre ", la circonstance que le rapport d'analyse des offres mentionne EDT Engie comme " modèle industriel " alors que l'offre ne contient aucune référence à EDT n'a pas d'incidence sur la régularité de la procédure de passation du marché en litige. Également, le fait que la société Tahiti Bull ne mentionne pas de certification en matière de management de la qualité, alors que la société attributaire en est titulaire, n'est pas davantage de nature à établir une irrégularité de la procédure, étant d'ailleurs précisé que le règlement de consultation du marché n'impose pas cette mention au titre des informations à fournir pour répondre au sous-critère susmentionné. Il en est ainsi également alors que la société Tahiti Bull fait état de " méthodes de planification optimisée " (5S) alors même que la méthode " 5 S " relèverait d'une méthode d'organisation individuelle ou, encore, alors que l'atout de la présence dans le bassin pacifique serait commun aux deux sociétés concurrentes.

12. S'agissant du critère relatif à la " durée et planification des prestations ", plus particulièrement au titre du sous-critère " engagement du candidat sur les délais de fourniture des pièces détachées ", il résulte de l'instruction que, si la société requérante s'approvisionne chez Eneria, qui est le représentant de Caterpillar en France, la société attributaire est, quant à elle, représentante agréée du même groupe en Polynésie française, ce qui lui permet de s'approvisionner depuis la Nouvelle-Zélande et les Etats-Unis, réduisant ainsi le délai d'acheminement des pièces détachées. La circonstance, à la supposer avérée, que le chiffrage de certaines pièces détachées en " Reman ", faisant ainsi l'objet d'un reconditionnement, n'augmenterait pas les délais d'approvisionnement pour la société requérante, n'est pas à elle seule de nature à conférer à l'évaluation du critère susmentionné un caractère erroné.

13. De plus, les obligations faites au pouvoir adjudicateur en matière d'information des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public ne s'étendent pas aux éléments de la méthode retenue pour la notation au regard d'un critère donné, de sorte que la société Poly-Diesel Engins et Usinages ne peut utilement se prévaloir de ce que le règlement de consultation ne précise pas la possibilité d'appliquer un coefficient de majoration. En tout état de cause, la circonstance que l'application d'un coefficient de majoration pour la prise en compte de la mobilisation du personnel qualifié ait permis d'aboutir à une majoration de 0,73 points sur 10 au profit de la société Tahiti Bull pour le sous-critère concerné n'est pas, à elle seule, à l'origine de l'éviction de la société requérante eu égard à l'écart qui existe entre les notes globales attribuées aux entreprises candidates.

14. En ce qui concerne le critère relatif aux " prix des prestations ", il résulte de l'instruction que l'offre de la société requérante s'élevait à un montant de 432 532 809 F CFP alors que celle de la société Tahiti Bull était de 346 020 180 F CFP, pour une estimation budgétaire d'un montant de 407 770 000 F CFP. L'appréciation de ce critère tient compte de la " notation BPU prix des inspections et des pièces de rechange ", de la " notation du BPU pièces de rechange des visites majeures ", de la " notation BPU

stock centrale Vaiare " et de la " Note N3 ". La société requérante ne conteste pas utilement le fait que le critère prix a été apprécié sur le fondement des fournitures complètes de pièces préconisées pour chaque révision. Le rapport d'analyse des offres précise ainsi que " le chiffrage total considère le remplacement de l'ensemble des pièces pour une sécurité budgétaire ". Si la société requérante fait valoir qu'elle dispose d'un personnel local et formé, cette circonstance est sans incidence sur l'appréciation de la notation du présent critère laquelle est fondée sur le montant du prix proposé.

15. Toutefois, en ce qui concerne le sous-critère n° 1 relatif au planning prévisionnel, la société requérante soutient que l'analyse des offres fait " peut-être " apparaître le fait qu'aucun planning et aucune organisation des opérations n'ont été fournis par la société Tahiti Bull et que si l'offre de cette société ne contient que des généralités et des déclarations d'intention, il convient dès lors de retenir que ce sous-critère a été surévalué. En l'espèce, au titre de ce sous-critère, la société requérante a obtenu une note de 10/10 alors que la société Tahiti Bull s'est vu attribuer la note de 8,73/10, avec application d'un coefficient de majoration de 0,73.

16. Aux termes de l'article 5 " Jugement des offres " du règlement de consultation : " () Critère " Durée et planification des prestations (Note 2 = N2 sur 20 points) apprécié au vu du mémoire technique comme suit : - Mémoire technique " Phase 2 " noté sur 20 points = - le planning prévisionnel et la pertinence de l'organisation des différentes opérations de maintenance en vue de minimiser le délai global de réalisation des pièces détachées noté sur 10 points, les engagements du candidat sur les délais de fourniture des pièces détachées noté sur 10 points () ". Le même règlement précise à l'article 3 " présentation des offres que : " Les plannings prévisionnels détaillant la chronologie et le délai de réalisation de chacune des prestations, valable pour l'ensemble de la durée du marché, sera proposé dans l'offre et inclura : - l'engagement sur la durée des inspections de maintenance des groupes principaux (), - l'engagement tout au long du marché sur la durée du suivi à distance des opérations et du support technique qu'il proposera (), - l'engagement tout au long du marché sur la fourniture des pièces de rechanges et le délai d'approvisionnement. / Ces plannings seront accompagnés d'une notice explicative précisant l'organisation de chaque étape, ainsi que leur enchaînement () ".

17. Il résulte des termes mêmes du rapport d'analyse des offres versé aux débats que l'offre de la société Poly-Diesel Engins et Usinages a fait l'objet de l'appréciation suivante : " Planning de toutes les opérations de maintenance très bien détaillé et optimisé par un plan d'actions simultanées. Partenaires et sous-traitance avec Eneria (France) ". En ce qui concerne la société Tahiti Bull, ce rapport comporte la mention suivante : " Une attention toute particulière est portée sur la communication et le reporting. La traçabilité des actions et opérations de maintenance réalisées par Tahiti Bull pendant les trois années de contrat, fait l'objet de la mise en place de procédures. Sous réserve du maintien des dates prévisionnelles, Tahiti Bull prévoit pour la semaine 22 (juin 2023), la présence du coordinateur Tahiti Bull et d'un technicien Terra Power System (partenaire néo-zélandais) à la centrale. Cette présence a pour but un travail préparatoire à la première intervention, organiser la coactivité et la vérification des outils in-situ pour un éventuel complément de notre part. Cette semaine d'échanges organisationnels permettra également de planifier l'ensemble des interventions pour la durée du contrat. ". Il résulte de

cette appréciation que la société Tahiti Bull n'a, ainsi que le soutient la société requérante, pas produit de planning prévisionnel, ni fait état de l'organisation des différentes opérations ou " visites " de maintenance en vue de minimiser le délai global de réalisation, alors que la satisfaction de ce sous-critère imposait de telles précisions.

18. Dans ces conditions, la notation de 8 /10, attribuée à la société Tahiti Bull au titre du sous-critère n° 1, en dehors de toute application du coefficient de majoration de 0,73 établi en fonction de la durée de mobilisation du personnel qualifié en complément de la durée stricte des " opérations de démontage/révision/remontage ", qui n'est d'ailleurs pas prévu dans le règlement de consultation à cette occasion, est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

19. Comme indiqué plus haut, l'écart total existant entre les deux candidats précités étant de 4,7 points, la notation injustifiée attribuée au titre du sous critère n° 1 susmentionné, a conduit à l'attribution irrégulière du marché en litige à la société Tahiti Bull, ce qui est constitutif d'un manquement en lien direct avec l'éviction de la société Poly-Diesel Engins et Usinages. Ce vice est de nature à avoir lésé la société requérante.

En ce qui concerne les conséquences du vice affectant la validité du contrat :

20. Saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

21. En premier lieu, il résulte de ce qui précède que le vice affectant la procédure de dévolution du marché en litige ne permet pas, d'une part, de prendre des mesures de régularisation et, d'autre part, dès lors qu'il a eu pour effet de faire obstacle à une réelle mise en concurrence des candidats, ne permet pas la poursuite de l'exécution du contrat.

22. En second lieu, d'une part, le contrat ayant été conclu le 10 mai 2023 pour une durée d'un an renouvelable deux fois, il n'a pas été entièrement exécuté. La résiliation ou l'annulation à effet immédiat du marché emporterait des conséquences manifestement excessives, contraires à l'intérêt général dès

lors que ce marché porte sur la " fourniture de pièces de rechange et prestations de maintenance long terme de la centrale électrique de Moorea ". D'autre part, la société requérante ayant conclu, à titre principal, à l'annulation du marché en cause, il y a lieu de statuer sur ces conclusions. Le vice constaté au point 18 n'affecte ni la licéité du contrat, ni le consentement des parties et ne constitue pas un vice d'une particulière gravité que le juge devrait relever d'office. Il n'y a, par suite, pas lieu de prononcer l'annulation du marché en litige. En revanche, eu égard au vice sanctionné, il y a lieu de faire droit aux conclusions, présentées à titre subsidiaire, tendant à la résiliation du contrat. Toutefois comme il vient d'être dit, eu égard à ses conséquences, il y a lieu de donner à cette mesure un effet différé en prononçant la résiliation au 1er novembre 2024.

Sur les conclusions indemnitaires :

23. Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient, en outre, de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, qui inclut nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre. En revanche, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général.

24. En l'espèce, l'article 2.1 du règlement de la consultation du marché en litige précise que " le présent marché () est passé sous la forme d'un marché à bons de commande. ". Aux termes de l'article 2.5 de ce règlement, le marché en cause " est passé sans minimum et avec un maximum de : 190 millions CFP HT/an. ". Cette caractéristique du contrat figure également à l'article 5 du cahier des clauses administratives particulières du marché en litige. Le co-contractant ne disposait ainsi, lorsqu'il a souscrit son engagement, d'aucune garantie d'exécution des bons de commande et, partant, ne créait pour l'acheteur public aucune obligation de passer des commandes. Dans ces conditions, la société Poly-Diesel Engins et Usinages n'établit pas le caractère certain du préjudice allégué tiré du manque à gagner constitué par la perte de marge subie du fait de son éviction irrégulière dudit marché. Par suite, les conclusions indemnitaires formées par la société requérante doivent être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

25. Il y a lieu dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'établissement public industriel et commercial " Te Ito Rau No Moorea Maiao " la somme de 150 000 F CFP à verser à la société Poly-Diesel Engins et Usinages au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, ces dispositions font obstacle à ce que soit mis à la charge de la société requérante, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement de la somme que l'établissement public industriel et commercial " Te Ito Rau No Moorea Maiao " demande au titre des

frais exposés par lui et non compris dans les dépens. Dans les circonstances de l'espèce, les conclusions présentées par la société Tahiti Bull à ce même titre doivent être rejetées.

D E C I D E :

Article 1er : Le marché relatif à la " fourniture de pièces de rechange et prestations de maintenance long terme de la centrale électrique de Moorea ", est résilié avec effet différé au 1er novembre 2024.

Article 2 : Les conclusions indemnitaires présentées par la société Poly-Diesel Engins et Usinages sont rejetées.

Article 3 : L'établissement public industriel et commercial " Te Ito Rau No Moorea Maiao " versera à la société Poly-Diesel Engins et Usinages une somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 5 : Les conclusions de l'établissement public industriel et commercial " Te Ito Rau No Moorea Maiao " présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, sont rejetées.

Article 6 : Les conclusions présentées par la société Tahiti Bull au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, sont rejetées.

Article 7 : Le présent jugement sera notifié à la société Poly-Diesel Engins et Usinages, à l'établissement public industriel et commercial " Te Ito Rau No Moorea Maiao " et à la société Tahiti Bull.

Délibéré après l'audience du 28 mai 2024 à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président,

M. Graboy-Grobescio, premier conseiller,

M. Boumendjel, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 25 juin 2024.

Le rapporteur,

M. Graboy-Grobescio

Le président,

P. Devillers

La greffière,

D. Oliva-Germain

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Polynésie française en ce qui le concerne ou à tous commissaires 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,

Un greffier,