

Décision du Tribunal administratif n° 2400312 du 04 mars 2025

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 18 juillet et 6 décembre 2024, la société KMH Media Production, représentée par la Selas-Valsamidis-Amsallem-Jonath-Flaicher et Associés, demande au tribunal :

- 1°) de condamner la Polynésie française au paiement de la somme 512 610 512 F CFP, augmentée des intérêts légaux et de la TVA en vigueur en réparation des préjudices subis du fait de l'inexécution du lot n° 2 " Prestations de conception et de production et supports audiovisuels à caractère pédagogique, informatif et promotionnel " de l'accord-cadre de services pour la période 2022 - 2026 relatif à des prestations de communication et à des prestations événementielles pour la direction de la santé ;
- 2°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la déclaration sans suite de la procédure d'attribution du contrat public en litige est irrégulière et engage la responsabilité de la Polynésie française ;
- l'accord-cadre était déjà en cours d'exécution ; la décision de déclaration sans suite ne peut intervenir postérieurement à la signature du contrat visé, la phase d'attribution étant achevée ; l'accord-cadre a donné lieu à un commencement d'exécution, le 17 novembre 2022, avec le lancement d'une procédure d'attribution du " marché subséquent santé ", or c'est à la date du 23 février 2023, soit plusieurs mois après le début d'exécution de l'accord-cadre, avec le lancement de la procédure d'attribution du marché subséquent, que la direction de la santé a décidé de déclarer la procédure d'attribution de l'accord-cadre, sans suite ;
- la Polynésie française ne peut se prévaloir d'une irrégularité qu'elle a elle-même commise pour justifier de déclarer sans suite la procédure d'attribution de l'accord-cadre en question ; la Polynésie française ne peut en effet se prévaloir de l'expiration du délai des offres et de l'absence de notification des actes d'engagement durant la période de validité des offres ;
- elle a droit à être indemnisée ; elle a proposé la réalisation d'une émission de télévision avec une grille de diffusion sur 52 semaines sur les chaînes locales TNTV et Polynésie 1ère ; elle a réalisé un pilote d'émission pour un coût de 10 000 000 F CFP et son offre contenait un devis de prestations pour le lot n° 2 d'un montant de 226 038 946 F CFP ; dans le cadre de la procédure d'attribution du marché subséquent, elle a réalisé diverses vidéos de communication pour un coût de 5 000 000 F CFP, le devis joint à cette offre établissant un prix s'élevant à 92 835 815 F CFP ; il ne peut lui être contesté des chances sérieuses de se voir attribuer le marché subséquent ainsi que l'ensemble des marchés correspondant aux prestations chiffrées dans son offre relative à l'accord-cadre, dès lors qu'elle est fortement implantée localement et qu'elle représente une entreprise de référence dans le domaine de la production audiovisuelle ; c'est d'ailleurs sur la base de sa proposition spontanée que l'accord-cadre en

question a été mis en place ; les candidatures aux appels d'offres de l'accord-cadre et du marché subséquent ont engendré des coûts s'élevant à la somme de 15 000 000 F CFP ; l'inexécution de l'accord-cadre a entraîné un manque à gagner s'élevant à la somme de 442 273 995 F CFP du fait de la non- production des émissions présentes dans ses offres ; cette situation a entraîné la perte ou le remboursement de subventions ainsi, notamment, que des frais bancaires pour un montant total de 27 350 000 F CFP ainsi qu'un préjudice d'image et de réputation évalué à un montant de 31 486 517 F CFP, soit un préjudice total de 512 610 512 F CFP ;

- à titre subsidiaire, à supposer que la déclaration sans suite en cause soit régulière, celle-ci est en tout état de cause, d'une part, tardive et, d'autre part, imputable uniquement à la faute de la Polynésie française ; le caractère tardif de la déclaration sans suite opérée par la direction de la santé, qui ne l'a jamais informée de cette possibilité et qui a lancé une procédure d'attribution d'un marché subséquent, caractérise une faute de nature à engager la responsabilité de la Polynésie française ;

- la date du choix de l'attributaire est intervenue le 12 juillet 2022, date de la notification de l'attribution du lot n° 2 à la société requérante et non le 20 juillet suivant, date du rapport de présentation ; le délai de validité des offres a été implicitement prolongé et accepté par l'ensemble des parties dans la mesure où la procédure s'est prolongée au-delà du délai initialement prévu par le règlement de consultation, que les conditions de mise en concurrence initiales n'ont pas été modifiées, qu'aucun des attributaires n'a contesté l'attribution de l'accord-cadre au motif qu'il n'était plus tenu par son offre et qu'une procédure d'attribution d'un marché subséquent a été lancée et a donné lieu à des questions/réponses entre l'ensemble des attributaires et la direction de la santé.

Par un mémoire en défense, enregistré le 14 novembre 2024, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir que les moyens exposés par la société requérante sont infondés tant en fait qu'en droit.

Par un courrier du 5 février 2025, le tribunal a informé les parties, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, qu'il était susceptible de relever d'office le moyen tiré de ce que la responsabilité sans faute de la Polynésie française est susceptible d'être engagée à l'égard de la société KMH Media Production, sur le fondement du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques, en raison de l'intervention de la déclaration sans suite de l'accord-cadre en litige.

Un mémoire a été enregistré, le 10 février 2025, pour la Polynésie française, en réponse à ce moyen d'ordre public.

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 M. Boumendjel,
- et les observations de M. A pour la Polynésie française.

Considérant ce qui suit :

1. Par avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de la Polynésie française le 4 mars 2022, la Polynésie française a lancé un appel d'offres sur le fondement de l'article LP. 322-1 du code polynésien des marchés publics, en vue de la conclusion d'un accord-cadre de services à marchés subséquents relatif à des prestations de communication et événementielles pour la direction de la santé publique pour la période 2022-2026. Le 7 avril 2022, la société KMH Media Production (société KMH) a déposé son pli pour le lot n° 2 " Conception, production et diffusion de spots TV et émissions pédagogiques et informatifs " dudit marché, la date limite de remise des candidatures et des offres ayant été fixée à la date du 8 avril 2022. Le 8 juillet suivant, le délai de validité des offres a expiré en vertu des dispositions figurant dans le cadre de l'avis d'appel public à la concurrence. Par un courrier du 12 juillet 2022, notifié le 8 septembre suivant, la Polynésie française a informé la société KMH que son offre, présentée pour le lot susmentionné n° 2, a été retenue. Toutefois, par un courrier du 20 juillet 2022, portant rapport de présentation, l'autorité compétente a décidé de se conformer à l'avis de la commission d'appel d'offres du 20 juin 2022 en désignant pour le lot n° 2 les attributaires comme suit : 1er " Phaze Production ", 2ème " KMH Media Production " et 3ème " Oba Com - Sarl Lucid Dream ". Le 17 novembre 2022, une consultation a été lancée dans le cadre d'un marché subséquent relatif au lot n° 2 de l'accord-cadre. Par un courriel du 6 janvier 2023, la société requérante a répondu à cette consultation en formulant une offre. Enfin, par un courrier du 21 février 2023, notifié le 23 février suivant, la Polynésie française a informé la société KMH du fait qu'elle déclarait sans suite l'accord-cadre au motif de " sécurité juridique exigée en raison d'un défaut de notification des actes d'engagement dans le respect du délai de validité des offres fixé par le règlement de consultation ". Par un courrier du 19 mars 2024, réceptionné le 21 mars suivant, la société requérante a adressé une demande indemnitaire à la Polynésie française pour un montant de 512 610 512 F CFP. Le silence de l'administration sur cette demande a fait naître une décision implicite de rejet le 21 mai 2024. Par la présente requête, la société KMH demande la condamnation de la Polynésie française au paiement de ladite somme de 512 610 512 F CFP, augmentée des intérêts légaux et de la TVA en vigueur en réparation des préjudices subis du fait de l'inexécution du lot n° 2 de l'accord-cadre susmentionné.

Sur les conclusions à fin d'indemnisation :

2. Aux termes de l'article LP. 221-5 du code polynésien des marchés publics : " Les accords-cadres sont les contrats conclus entre un des acheteurs publics définis à l'article LP 121-1 avec un ou plusieurs opérateurs économiques, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. / Dans ces accords-cadres, l'acheteur public a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou encore être conclus sans minimum ni maximum. / Les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre sont des documents écrits qui précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui

n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre intervient soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue par l'accord-cadre. / La durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet, ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans. / La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ne peut se faire que pendant la durée de validité de l'accord-cadre. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord cadre. L'acheteur public ne peut cependant retenir une date de passation et une durée d'exécution telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la date limite de validité de l'accord dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques. ".

En ce qui concerne la responsabilité pour faute de la Polynésie française :

3. L'article LP. 322-1 du code précité dispose que " L'appel d'offres est la procédure par laquelle l'acheteur public choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. / L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint. / L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout opérateur économique peut remettre une offre. / L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection. / Le choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre. ". Aux termes de l'article LP. 322-9 du même code : " II - À tout moment, la procédure peut être déclarée sans suite pour des motifs d'intérêt général par l'autorité compétente. / Les candidats en sont informés dans les conditions prévues au III de l'article LP 332-1. ". Selon le III de l'article LP. 332-1 de ce même code : " III.- Lorsque l'autorité compétente décide de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure, elle informe, par écrit, les candidats des motifs de sa décision dans les plus brefs délais. () ".

4. Aux termes de l'article LP. 326-7 dudit code : " I.- Les accords-cadres sont passés selon les procédures et dans les conditions prévues par le présent code. II.- Lorsqu'un accord-cadre est attribué à plusieurs opérateurs économiques, l'autorité compétente consulte par écrit les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre et organise une mise en concurrence, pour chacun des marchés à passer sur le fondement de cet accord, organisée selon la procédure suivante : 1° Lorsque la remise en concurrence est organisée au moment de la survenance du besoin et que cet accord-cadre a été divisé en lots, seuls sont consultés les titulaires des lots correspondant à l'objet du marché fondé sur l'accord-cadre ; 2° Lorsque la remise en concurrence est organisée selon une périodicité prévue par l'accord-cadre, elle porte sur tous les lots ; 3° Quel que soit le choix opéré, les parties ne peuvent apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans l'accord-cadre lors de la passation des marchés fondés sur cet accord ; 4° L'autorité compétente fixe un délai suffisant pour la présentation des offres en tenant compte d'éléments tels que la complexité des prestations attendues ou le temps nécessaire à la transmission des offres. Ces offres sont proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché fondé sur l'accord-cadre. Elles sont établies par écrit et transmises à l'autorité compétente par tout moyen permettant de déterminer

la date et l'heure de réception. Leur contenu doit rester confidentiel jusqu'à l'expiration du délai prévu pour le dépôt des offres. 5° Les marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre sont attribués à celui ou, le cas échéant, à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères non discriminatoires fixés par l'accord-cadre pour l'attribution de ces marchés. III.- Lorsqu'un accord-cadre est attribué à un seul opérateur économique, l'autorité compétente peut, préalablement à la conclusion des marchés fondés sur l'accord-cadre, demander au titulaire de l'accord-cadre de compléter, par écrit, son offre. Les compléments ainsi apportés aux caractéristiques de l'offre retenue pour l'attribution de l'accord-cadre ne peuvent avoir pour effet de les modifier substantiellement. IV.- Les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre peuvent être des marchés à bons de commande. Ils sont alors passés selon les règles prévues par le présent article et exécutés selon les règles prévues par l'article LP 221-4. V.- Pour des besoins occasionnels de faible montant, l'autorité compétente peut s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires de l'accord-cadre, pour autant que le montant cumulé de tels achats ne dépasse pas le seuil de dispense de mise en concurrence fixé au 1° de l'article LP 223-3. Le recours à cette possibilité ne dispense pas l'autorité compétente de respecter son engagement de passer des commandes à hauteur du montant minimum de l'accord-cadre lorsque celui-ci est prévu. "

5. L'article LP. 331-1 du même code dispose que " L'autorité compétente établit un rapport de présentation pour : 1° tout projet de marché passé selon l'une des procédures formalisées définies au présent code ; 2° tout projet d'avenant à ces marchés ; 3° tout projet de marché passé selon une procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence dans les cas mentionnés à l'article LP 323-10. / Ce rapport comporte en particulier les éléments concernant le contexte et l'économie générale de la consultation, les étapes de la procédure de passation, les décisions prises s'agissant des candidatures et des offres reçues, les informations relatives à l'offre retenue et à l'attributaire ou celles relatives à la renonciation à la conclusion du marché public. / Pour tout projet d'avenant, ce rapport comporte notamment la justification de sa conclusion ainsi que son incidence sur le marché. / Le contenu du rapport de présentation est précisé par arrêté pris en conseil des ministres. / Lorsque l'acheteur public est soumis à un contrôle public de ses marchés, ce rapport est communiqué en même temps que le marché aux instances chargées du contrôle des marchés. ". Aux termes de l'article LP. 333-3 du code précité : " Le marché est notifié au titulaire. / En dehors des cas mentionnés au 1° et au 2° de l'article LP 323-10, les marchés d'un montant égal ou supérieur à huit millions de francs CFP sont notifiés avant tout commencement d'exécution. / Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la notification consiste en une remise d'une copie du marché signé au titulaire. La date de notification est la date de réception de cette copie par le titulaire. / Le marché prend effet à cette date. "

6. L'alinéa 2 de l'article 6 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) du marché énonce que " l'accord-cadre est conclu à compter du 1er juin 2022 ou à compter de la date de sa notification aux titulaires si celle-ci est postérieure à cette date ". Si la société requérante se prévaut de ce que l'accord-cadre en litige était déjà en cours d'exécution, il résulte de l'instruction que, si cette société

s'est vue notifier, le 12 juillet 2022, l'information que son offre pour le lot précité n° 2 a été retenue, cette notification ne vaut toutefois pas conclusion de l'accord-cadre en question à défaut de notification par la Polynésie française des actes d'engagement des attributaires de cet accord, particulièrement de ceux du lot n° 2. Dans ces conditions, la déclaration sans suite de l'accord-cadre en litige n'a pas été décidée après l'intervention de la signature de ce marché.

7. Il résulte des dispositions énoncées au point 3 que, quels que soient la nature et le régime du contrat dont le projet de passation fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence, la personne publique peut renoncer à contracter, dès lors que cette renonciation repose sur un motif tiré de l'intérêt général qu'elle communique dans les plus brefs délais aux opérateurs économiques ayant participé à la procédure. En l'espèce, pour classer sans suite la procédure d'attribution en litige, la direction de la santé de la Polynésie française s'est fondée sur le principe de " sécurité juridique " en raison d'un défaut de notification des actes d'engagement dans le respect du délai de validité des offres fixé par le règlement de consultation.

8. Selon les dispositions du point 8 de l'avis d'appel public à la concurrence relatif à l'accord-cadre susvisé, la durée de validité des offres est de 90 jours à compter de la date limite de réception des offres, la date limite de remise des candidatures ou des offres étant fixée au vendredi 8 avril 2022 en vertu des mêmes dispositions. Comme indiqué au point 1, la société KMH Media Production a déposé son offre, le 7 avril 2022, pour le lot n° 2. L'information délivrée par la Polynésie française à la société requérante, par courrier du 12 juillet 2022, notifié le 8 septembre suivant, selon laquelle son offre avait été retenue, est dès lors intervenue alors que le délai de validité de l'offre en question était expiré depuis plusieurs jours. En outre, il ne résulte pas de l'instruction qu'un acte d'engagement signé ait été notifié à la société KMH Media Production. Dans ces conditions, la Polynésie française a pu légalement estimer que cette irrégularité était susceptible de compromettre la sécurité juridique de l'accord-cadre et des marchés subséquents et décider de déclarer sans suite l'accord-cadre en litige au sens et pour l'application des dispositions de l'article LP. 322-9 du code polynésien des marchés publics. Par suite, le fondement de la responsabilité pour faute de l'autorité publique compétente en l'espèce ne saurait être retenu.

En ce qui concerne la responsabilité sans faute de la Polynésie française :

9. La responsabilité de la puissance publique peut se trouver engagée, même sans faute, sur le fondement du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques, lorsqu'une mesure légalement prise a pour effet d'entraîner, au détriment d'une personne physique ou morale, un préjudice grave et spécial, qui ne peut être regardé comme une charge lui incombant normalement.

10. La société KMH Media Production fait valoir qu'elle a subi différents préjudices d'ordre financier ainsi qu'un préjudice d'image et de réputation pour un montant global qu'elle évalue à la somme de 512 610 512 F CFP. Alors même que l'abandon de la procédure de passation du marché litigieux pour un motif pouvant être rattaché à l'intérêt général n'est pas constitutif d'une faute de nature à engager la responsabilité de la Polynésie française ainsi qu'il a été dit au point 8, il résulte de l'instruction que la procédure d'attribution en litige, avant son classement sans suite, a entraîné un préjudice grave et

spécial à la société requérante dont l'offre, comme déjà indiqué, avait été initialement retenue par l'administration. Cette société a été conduite à engager des frais pour présenter son offre et a pu être potentiellement privée d'une chance, à la supposer sérieuse, d'emporter ledit marché et, par suite, de réaliser une marge en exécution du marché subséquent, ce qui ne peut être assimilable à une charge normale inhérente à un marché public. Dans ces conditions, l'abandon de la procédure d'attribution dudit marché peut être regardée comme constituant la cause directe des préjudices dont la société KMH Media Production demande réparation sur le fondement de la responsabilité sans faute de la Polynésie française.

11. D'une part, il résulte de l'instruction que l'abandon de la procédure d'attribution de l'accord-cadre susmentionné n'a créé qu'un préjudice financier tenant aux frais de candidature exposés par la société requérante pour présenter son offre dès lors que, si la candidature de cette société a été initialement retenue, cette sélection ne lui garantissait pas pour autant d'être classée en première position de l'accord-cadre et d'être en position nécessairement favorable pour le marché subséquent.

12. D'autre part, il résulte également de l'instruction que, sur les trois entreprises attributaires de l'accord-cadre qui ont été consultées pour le marché subséquent relatif au lot n° 2 de l'accord-cadre susvisé, seules deux sociétés, dont la société requérante, ont présenté une offre dans le délai imparti, par un courriel du 6 janvier 2023. Si la société requérante fait valoir qu'elle avait des chances sérieuses de se voir attribuer le marché en question, la déclaration sans suite est toutefois intervenue légalement, comme indiqué précédemment, avant que la procédure de sélection des offres n'ait été menée à son terme. De plus, la circonstance que la société requérante ait été à l'initiative de l'accord-cadre susvisé ou encore qu'elle se prévale expressément de ce qu'elle représente une société référente dans le domaine de la production audiovisuelle n'est pas davantage de nature à établir, et à elle seule, que la société KMH Media Production disposait en réalité de chances sérieuses et d'une garantie d'obtenir ledit marché subséquent. Il en est ainsi également, pour le même motif, s'agissant des prétentions de la société requérante à disposer de chances sérieuses de se voir attribuer l'ensemble des autres marchés subséquents, dont l'attribution est au demeurant directement dépendante des besoins de l'acheteur public. Ainsi, en vertu de l'article 5 du cahier des clauses administratives particulières applicable, les opérateurs économiques sont remis en concurrence " au fur et à mesure des besoins de l'acheteur public pour l'attribution de chaque marché subséquent ", chaque lot de l'accord-cadre étant conclu sans minimum ni maximum en quantité ou en valeur.

13. En conséquence, la société requérante n'est fondée qu'à demander à être indemnisée des frais qu'elle a inutilement engagés pour la présentation de son offre.

14. Toutefois, il résulte de l'instruction que la société requérante ne documente ni ne justifie pas du montant de l'évaluation de ses préjudices alors même, qu'en défense, la Polynésie française a notamment relevé, d'une part, que le montant total précité présentait nécessairement une erreur au regard des montants intermédiaires de préjudices invoqués et, d'autre part, que les frais invoqués par la société requérante n'étaient pas précisés, en particulier s'agissant du préjudice relatif aux frais de candidature de l'accord-cadre en litige et du marché subséquent qu'elle évalue, sans en justifier, à la

somme de 15 000 000 F CFP.

15. Dans ces conditions, la demande indemnitaire de la société KMH Media Production ne peut qu'être rejetée.

Sur les frais liés à l'instance :

16. 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 la Polynésie française à ce titre.

D E C I D E :

Article 1er : La requête de la société KMH Media Production est rejetée.

Article 2 : Le présent jugement sera notifié à la société KMH Media Production et à la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 11 février 2025, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président,

Mme Busidan, première conseillère ;

M. Graboy-Grobescio, premier conseiller,

Rendu public par mise à disposition au greffe le 4 mars 2025.

Le rapporteur,

A. 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,