

Décision du Tribunal administratif n° 2100067 du 24 mai 2022

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

I) Par une requête enregistrée le 25 février 2021 sous le n°2100067, et des mémoires enregistrés le 10 novembre 2021 et le 28 décembre 2021, la société Boyer, représentée par la SCP UGCC Avocats, demande au tribunal :

1°) de constater la nullité du marché conclu avec la Polynésie française pour la fourniture et installation de bâtiments modulaires du centre administratif de transit, ce faisant l'annuler ou le déclarer nul, par suite constater l'invalidité de la décision de résiliation du marché aux torts de la société Boyer, ensemble la décision de rejet du mémoire en réclamation du 11 février 2021 complété le 19 février 2021 ; par voie de conséquence et en tout état de cause ;

2°) de condamner la Polynésie française au paiement de la somme de cinquante-quatre millions neuf cent quatre-vingt-deux mille trois cents soixante-trois francs CFP toutes taxes comprises (54 982 363 francs CFP TTC), à parfaire, augmentée des intérêts moratoires majorés de deux points de pourcentage conformément à l'article A 411-6 du code polynésien des marchés publics à compter du 18 février 2021, capitalisés, le cas échéant, au 19 février 2021, puis à chaque échéance annuelle à compter de cette date pour produire eux-mêmes intérêts ;

3°) subsidiairement, de constater l'invalidité de la décision de résiliation du marché n° 19 0255 et de la décision de rejet du mémoire en réclamation du 11 février 2021 (en ce compris son addendum du 19 février 2021) ; ce faisant, résilier le marché aux torts exclusifs de la Polynésie française ;

4°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 1 000 000 F CFP au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative. La société Boyer fait valoir que : le marché est un marché de conception-réalisation consistant à concevoir des structures modulaires dès lors, l'administration a introduit illégalement les caractéristiques d'un marché de conception-réalisation dans un marché de fournitures ; l'administration a commis des fautes consistant dans des erreurs dans la définition des besoins et en prévoyant des contraintes incompatibles entre elles ; le terrain d'assiette était non-conforme à l'exécution du marché ; neuf séries de contradictions et d'incompatibilités majeures entre les différentes exigences techniques du marché sont caractérisées ; la Polynésie a commis une faute supplémentaire en ignorant délibérément les difficultés majeures et en refusant de les régler de bonne foi en collaboration avec l'entreprise ; la décision de résiliation est infondée et en tout état de cause elle n'est pas responsable des retards ; les sommes mises à son débit, avance forfaitaire et pénalités de retard, sont dépourvues de fondement ; la Polynésie ne justifie pas du bien-fondé des pénalités infligées, ces retards ne lui étant pas imputables ; les fautes commises par l'administration ouvrent droit à la réparation de ses préjudices à hauteur de 54 982 363 francs CFP TTC.

Par des mémoires en défense enregistrés le 24 septembre 2021, et le 10 décembre 2021, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que la requête n'est pas fondée.

Par une ordonnance du 13 décembre 2021, la clôture de l'instruction a été fixée au 29 décembre 2021.

Par lettre du 28 avril 2022, le tribunal a informé les parties qu'il est susceptible de soulever d'office, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, le moyen d'ordre public tiré du non-lieu à statuer sur les conclusions tendant au prononcé de la nullité du marché et à l'annulation des décisions rejetant le mémoire en réclamation du 11 février 2021 et de la décision du 24 décembre 2020 portant résiliation du marché aux torts de la société Boyer, dès lors qu'à la date de la décision à intervenir le marché a déjà été résilié.

Par lettre du 4 mai 2022, le tribunal a informé les parties qu'il est susceptible de soulever d'office, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, le moyen d'ordre public tiré de l'irrecevabilité des conclusions tendant à l'annulation des décisions rejetant le mémoire en réclamation du 11 février 2021 et de la décision du 24 décembre 2020 portant résiliation du marché aux torts de la société Boyer, dès lors que seules peuvent être soumises au juge du contrat des conclusions afin de reprise des relations contractuelles ou, à défaut, des conclusions indemnitaires.

Par lettre du 4 mai 2022, le tribunal a informé les parties qu'il est susceptible de soulever d'office, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, le moyen d'ordre public tiré de l'irrecevabilité des conclusions tendant au prononcé de la nullité du marché dès lors qu'à la date de la saisine du tribunal le marché était déjà résilié.

Un mémoire a été enregistré, le 6 mai 2022, pour la SAS Boyer, en réponse à ces moyens d'ordre public.

II) Par une requête enregistrée le 8 juin 2021 sous le n°2100230, et des mémoires enregistrés les 10 novembre 2021 et 28 décembre 2021, la société Boyer, représentée par la SCP UGCC Avocats, demande au tribunal :

1°) de constater la nullité du marché conclu avec la Polynésie française pour la fourniture et installation de bâtiments modulaires du centre administratif de transit, ce faisant, l'annuler ou le déclarer nul, par suite constater l'invalidité de la décision de résiliation du marché aux torts de de la société Boyer, ensemble la décision explicite de rejet du 16 avril 2021 du mémoire en réclamation du 11 février 2021 complété notamment le 19 février 2021, annuler ou déclarer nulles ces décisions ;

2°) de condamner la Polynésie française au paiement de la somme de somme de 54 982 363 francs CFP TTC (cinquante-quatre millions neuf cent quatre-vingt-deux mille trois cents soixante-trois francs CFP TTC), à parfaire, augmentée des intérêts moratoires majorés de deux points de pourcentage conformément à l'article A 411-6 du code polynésien des marchés publics à compter du 18 février 2021, capitalisés, le cas échéant, au 19 février 2021, puis à chaque échéance annuelle à compter de cette date pour produire eux-mêmes intérêts ;

3°) subsidiairement, de constater l'invalidité de la décision de résiliation du marché n° 19 0255 et de la décision de rejet du mémoire en réclamation du 11 février 2021 (en ce compris son addendum du 19 février 2021) ; d'annuler ou déclarer nulles ces décisions ; de constater l'invalidité de la décision de résiliation du marché n° 19 0255 Construction du centre administratif de transit et de la décision explicite de rejet du 16 avril 2021 du mémoire en réclamation du 11 février 2021 (en ce compris notamment son addendum du 19 février 2021) ; annuler ou déclarer nulles ces décisions ; de résilier le marché n° 19 0255 aux torts exclusifs de la Polynésie française ; par voie de conséquence et en tout

état de cause, de condamner la Polynésie française au paiement de la somme de 54 982 363 francs CFP TTC (cinquante-quatre millions neuf cent quatre-vingt-deux mille trois cents soixante-trois francs CFP TTC), à parfaire, augmentée des intérêts moratoires majorés de deux points de pourcentage conformément à l'article A 411-6 du code polynésien des marchés publics à compter du 18 février 2021, capitalisés, le cas échéant, au 19 février 2021, puis à chaque échéance annuelle à compter de cette date pour produire eux-mêmes intérêts.

4°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 1 000 000 F CFP au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

La société Boyer fait valoir que : le marché est un marché de conception-réalisation consistant à concevoir des structures modulaires dès lors, l'administration a introduit illégalement les caractéristiques d'un marché de conception-réalisation dans un marché de fournitures ; l'administration a commis des fautes consistant dans des erreurs dans la définition des besoins et en prévoyant des contraintes incompatibles entre elles ; le terrain d'assiette était non-conforme à l'exécution du marché ; neufs séries de contradictions et d'incompatibilités majeures entre les différentes exigences techniques du marché sont caractérisées ; la Polynésie a commis une faute supplémentaire en ignorant délibérément les difficultés majeures et en refusant de les régler de bonne foi en collaboration avec l'entreprise ; la décision de résiliation est infondée et en tout état de cause elle n'est pas responsable des retards ; les sommes mise à son débit, avance forfaitaire et pénalités de retard, sont dépourvues de fondement ; la Polynésie ne justifie pas du bien-fondé des pénalités infligées, ces retards ne lui étant pas imputables ; les fautes commises par l'administration ouvrent droit à la réparation de ses préjudices à hauteur de 54 982 363 FCFP TTC.

Par des mémoires en défense enregistrés le 24 septembre 2021, et le 13 décembre 2021, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que la requête n'est pas fondée.

Par une ordonnance du 14 décembre 2021, la clôture de l'instruction a été fixée au 29 décembre 2021.

Par lettre du 28 avril 2022, le tribunal a informé les parties qu'il est susceptible de soulever d'office, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, le moyen d'ordre public tiré du non-lieu à statuer sur les conclusions tendant au prononcé de la nullité du marché et à l'annulation des décisions rejetant le mémoire en réclamation du 11 février 2021 et de la décision du 24 décembre 2020 portant résiliation du marché aux torts de la société Boyer, dès lors qu'à la date de la décision à intervenir le marché a déjà été résilié.

Par lettre du 4 mai 2022, le tribunal a informé les parties qu'il est susceptible de soulever d'office, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, le moyen d'ordre public tiré de l'irrecevabilité des conclusions tendant à l'annulation des décisions rejetant le mémoire en réclamation du 11 février 2021 et de la décision du 24 décembre 2020 portant résiliation du marché aux torts de la société Boyer, dès lors que seules peuvent être soumises au juge du contrat des conclusions afin de reprise des relations contractuelles ou, à défaut, des conclusions indemnitaires.

Par lettre du 4 mai 2022, le tribunal a informé les parties qu'il est susceptible de soulever d'office, en

application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, le moyen d'ordre public tiré de l'irrecevabilité des conclusions tendant au prononcé la nullité du marché dès lors qu'à la date de la saisine du tribunal le marché était déjà résilié.

Un mémoire a été enregistré, le 6 mai 2022, pour la SAS Boyer, en réponse à ces moyens d'ordre public.

III) Par une requête enregistrée le 15 juin 2021 sous le n°2100248, et un mémoire enregistré le 26 novembre 2021, la société Boyer, représentée par la SCP UGCC Avocats, demande au tribunal :

1°) de constater la nullité du marché conclu avec la Polynésie française pour la fourniture et l'installation de bâtiments modulaires du centre administratif de transit, par suite l'annuler ou le déclarer nul, par suite annuler ou déclarer nuls la décision du 24 décembre 2020 de résiliation du marché aux torts de la société Boyer, le procès-verbal d'admission des prestations notifié par l'OS n°69/21 du 22 janvier 2021 et le décompte de résiliation du marché notifié le 2 février 2021, ensemble les décisions de rejet de l'intégralité des mémoires en réclamation de la société Boyer ; par voie de conséquence et en tout état de cause ;

2°) de condamner la Polynésie française au paiement de la somme de cinquante-deux millions neuf cent cinquante-trois mille cent soixante francs CFP hors taxe (52 953 160 francs CFP HT), soit cinquante-quatre millions neuf cent quatre-vingt-deux mille trois cents soixante-trois francs CFP toutes taxes comprises (54 982 363 francs CFP TTC), à parfaire, augmentée des intérêts moratoires majorés de deux points de pourcentage conformément à l'article A 411-6 du code polynésien des marchés publics à compter du 18 février 2021, capitalisés, le cas échéant, au 19 février 2021, puis à chaque échéance annuelle à compter de cette date pour produire eux-mêmes intérêts ;

3°) subsidiairement, de constater l'invalidité et annuler la décision de résiliation pour faute du marché n°19 0255 ensemble la décision de rejet du 16 avril 2021 du mémoire en réclamation du 11 février 2021(en ce compris notamment son addendum du 19 février 2021) ; annuler ou déclarer nulles ces décisions, ce faisant, de résilier le marché aux torts exclusifs de la Polynésie française ; par voie de conséquence et en tout état de cause, et constater l'invalidité du décompte de résiliation de la Polynésie et du procès-verbal d'admission des prestations notifié par l'OS n°69/21 du 22 janvier 2021, ensemble les décisions de rejet de l'intégralité des mémoires en réclamation de la société Boyer et notamment de son mémoire du 16 mars 2021 contestant entre autres ledit décompte ; annuler ou déclarer nuls ce décompte, ce procès-verbal et ces décisions ; par voie de conséquence et en tout état de cause ;

4°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 1 000 000 F CFP au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

La société Boyer fait valoir que : le marché est un marché de conception-réalisation consistant à concevoir des structures modulaires dès lors, l'administration a introduit illégalement les caractéristiques d'un marché de conception-réalisation dans un marché de fournitures ; la nullité du marché entraîne l'invalidation du décompte, des décisions de la Polynésie française et des sommes mises à sa charge ; elle demande le paiement de la somme de 54 982 363 F CFP augmentée des intérêts moratoires majorés de deux points et capitalisés au 19 février 2021 ; à titre subsidiaire,

l'administration a commis des fautes ; elle a introduit illégalement les caractéristiques d'un marché de conception-réalisation dans un marché de fournitures ; elle a commis des fautes consistant dans des erreurs dans la définition des besoins et en prévoyant des contraintes incompatibles entre elles ; le terrain d'assiette était non-conforme à l'exécution du marché ; neuf séries de contradictions et d'incompatibilités majeures entre les différentes exigences techniques du marché sont caractérisées ; l'exigence de résistance au vent a rendu nécessaire l'utilisation de poteaux en acier sur toute la hauteur du bâtiment, l'utilisation de croix Saint-André et la mise en place de renforts au niveau des panneaux de façade ainsi qu'en contournement des fenêtres ; la contrainte d'affaiblissement acoustique ne pouvait être satisfaite ; les faux plafonds 600x600 prévu par le CCTP correspondait à un élément supplémentaire qu'elle devait rajouter aux faux plafonds déjà existants ; l'exigence de cloison avec un « comportement au feu d'Euro classe A1 » ne pouvait être satisfaite par l'utilisation de panneaux de laine de roche de 50mm ; les dimensions des escaliers prévues par les CCTP ne respectaient pas la réglementation ; la galvanisation à chaud pour l'ossature et la charpente métallique visée par les CCTP était en contradiction avec la peinture antirouille à 250 microns proposée dans ces mêmes CCTP ; le vide sanitaire imposé dans les plans du DEC, trop petit, ne permet pas la mise en place des réseaux et leur entretien ; la Polynésie a commis une faute supplémentaire en ignorant délibérément les difficultés majeures et en refusant de les régler de bonne foi en collaboration avec l'entreprise ; la décision de résiliation est infondée et en tout état de cause elle n'est pas responsable des retards ; ces retards sont imputables à la réalisation du terrassement de la plateforme, à l'étude G2 Pro à réaliser alors qu'elle relevait de la maîtrise d'œuvre, les éléments structurants du projet n'étaient pas définis au 7 février 2020 ; la crise sanitaire de la Covid-19 présente le caractère de force majeure ; 60% des FAM ont fait l'objet de retour tardif et la maîtrise d'œuvre n'a pas émis de retour sur les FAM relevant de sa compétence ; la Polynésie française a apporté tardivement des modifications et précisions au projet ; les fiches d'approbation des matériaux ont fait l'objet d'importants retards de validation du bureau de contrôle ; le CCTP ne contenait pas d'indication précises quant à la réalisation des gaines techniques par les autres corps d'état ; les multiples contradictions affectant les exigences contractuelles sont à l'origine des retards ; les sommes mise à son débit, avance forfaitaire et pénalités de retard, sont dépourvues de fondement ; la Polynésie ne justifie pas du bien-fondé des pénalités infligées, ces retards ne lui étant pas imputables ; la Polynésie française ne lui a jamais notifié de calendrier détaillé d'exécution, excluant l'application des pénalités de retard ; la Polynésie française a accepté le planning recalé renonçant ainsi à l'application des pénalités ; la simple fiche de calcul des pénalités ne permet pas de justifier de leur bien fondé ; le montant des pénalités est manifestement excessif ; des sommes mises à son crédit sont incomplètes telles que la réalisation des études, la réalisation de l'étude géotechnique, la réalisation d'un terrassement, le manque à gagner, la prise en compte des frais de courriers et de mémoires en contestation ; le décompte doit donc être rectifié avec un solde de 54 982 363 francs CFP TTC.

Par un mémoire en défense enregistré le 10 novembre 2021, la Polynésie française conclut au rejet de la requête. Elle soutient que la requête est irrecevable car il disposait jusqu'au 16 juin 2021 pour

introduire sa requête, et n'est pas fondée.

Par une ordonnance du 13 décembre 2021, la clôture de l'instruction a été fixée au 29 décembre 2021.

Par lettre du 28 avril 2022, le tribunal a informé les parties qu'il est susceptible de soulever d'office, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, le moyen d'ordre public tiré du non-lieu à statuer sur les conclusions tendant au prononcé de la nullité du marché et à l'annulation des décisions rejetant le mémoire en réclamation du 11 février 2021 et de la décision du 24 décembre 2020 portant résiliation du marché aux torts de la société Boyer, dès lors qu'à la date de la décision à intervenir le marché a déjà été résilié.

Par lettre du 28 avril 2022, le tribunal a informé les parties qu'il est susceptible de soulever d'office, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, le moyen d'ordre public tiré du non-lieu à statuer sur les conclusions tendant au prononcé de la nullité du marché et à l'annulation des décisions rejetant le mémoire en réclamation du 11 février 2021 et de la décision du 24 décembre 2020 portant résiliation du marché aux torts de la société Boyer, dès lors qu'à la date de la décision à intervenir le marché a déjà été résilié.

Par lettre du 4 mai 2022, le tribunal a informé les parties qu'il est susceptible de soulever d'office, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, le moyen d'ordre public de l'irrecevabilité des conclusions tendant à l'annulation du procès-verbal d'admission des prestations notifié par l'OS n°69/21 du 22 janvier 2021 dès lors que ce procès-verbal constitue une simple mesure relative à l'exécution du marché insusceptible de recours. Par lettre du 5 mai 2022, le tribunal a informé les parties qu'il est susceptible de soulever d'office, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, le moyen d'ordre public tiré de l'irrecevabilité des conclusions tendant à l'annulation des décisions rejetant le mémoire en réclamation du 11 février 2021 et de la décision du 24 décembre 2020 portant résiliation du marché aux torts de la société Boyer, dès lors que seules peuvent être soumises au juge du contrat des conclusions afin de reprise des relations contractuelles ou, à défaut, des conclusions indemnitaires. Par lettre du 5 mai 2022, le tribunal a informé les parties qu'il est susceptible de soulever d'office, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, le moyen d'ordre public tiré de l'irrecevabilité des conclusions tendant au prononcé de la nullité du marché dès lors qu'à la date de la saisine du tribunal le marché était déjà résilié. Un mémoire a été enregistré, le 6 mai 2022, pour la SAS Boyer, en réponse à ces moyens 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. Retterer, premier conseiller,

- les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteure publique,
- les observations de Me Dal Farra, en visio-conférence, représentant la société Boyer, de M. A..., représentant la Polynésie française.

Considérant ce qui suit :

1. Un appel d'offres, en date du 10 janvier 2019, a été lancé par la Polynésie française pour la fourniture et l'installation de bâtiments modulaires du centre administratif de transit à Papeete. Le marché a été attribué à la société Boyer. Par ordre de service du 25 octobre 2019, l'exécution du marché a débuté le 30 octobre 2019. L'acte d'engagement du marché fixait à sept mois la durée d'exécution dudit marché, devant s'achever le 2 juin 2020. Après mise en demeure, la Polynésie française a décidé le 24 décembre 2020 de résilier le marché aux torts exclusifs de la société Boyer pour non-respect des prescriptions n°1 et n°2 de l'ordre de service de mise en demeure n°1289/20 du 4 novembre 2020, non-respect des obligations dans le délai contractuel (article B.5 de l'acte d'engagement) et non transmission des documents exigés au marché pendant la phase de préparation de chantier. La société Boyer a présenté le 11 février 2021 un mémoire en réclamation, lequel a été rejeté par le ministre de l'équipement le 16 avril 2021. La société Boyer demande notamment au tribunal de constater la nullité du marché, l'annulation de la décision de résiliation du marché, ainsi que celle des décisions de rejet du mémoire en réclamation, ainsi que la condamnation de la Polynésie française au paiement de la somme de 54 982 363 francs CFP TTC, et conteste à titre subsidiaire le décompte de résiliation et les pénalités de retard.

Sur la jonction :

2. Les requêtes susvisées concernent la société Boyer, présentent à juger les mêmes questions et ont fait l'objet d'une instruction commune. Il y a lieu de les joindre pour qu'il y soit statué par un même jugement.

Sur la fin de non-recevoir opposé en défense :

3. La Polynésie française soutient, en application de l'article 37.3 du cahier des clauses administratives générales que la requête est irrecevable, dès lors que la réclamation préalable du 16 mars 2021 formée à l'encontre du décompte de résiliation a fait naître une décision implicite de rejet le 16 avril 2021. La société requérante disposait donc jusqu'au 16 juin 2021 pour introduire sa requête. Toutefois, la requête en cause ayant été enregistrée au tribunal le 15 juin 2021, la fin de non-recevoir ne peut être qu'écartée.

Sur les conclusions à fin de constatation de la nullité du marché :

4. Les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie. Il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui. Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit 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, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation. Cette action est ouverte aux parties au contrat pendant toute la durée d'exécution de celui-ci.

5. La société Boyer demande au tribunal de constater la nullité du marché. Or, il résulte de l'instruction que le contrat a été résilié le 24 décembre 2020. Ainsi, à la date de la saisine du tribunal, le contrat conclu entre les parties était résilié. Par suite, les conclusions par lesquelles la société Boyer demande au tribunal de constater la nullité du marché sont irrecevables et doivent être rejetées.

6. Au surplus, la société requérante indique que le marché de fournitures serait nul dès lors qu'en réalité, il s'agit d'un marché de conception-réalisation consistant à concevoir des structures modulaires. L'administration aurait ainsi introduit illégalement les caractéristiques d'un marché de conception-réalisation dans un marché de fournitures. Toutefois, cette circonstance, qui ne constitue pas, en tout état de cause, un vice d'une particulière gravité de nature à justifier l'annulation du contrat, n'est pas, en l'espèce, invocable à l'appui de son action, compte tenu de la durée pendant laquelle le contrat litigieux a été exécuté et eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles.

Sur les conclusions à fin d'annulation de la décision de résiliation du marché :

7. Il incombe au juge du contrat, saisi par une partie d'un recours de plein contentieux contestant la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles, lorsqu'il constate que cette mesure est entachée de vices relatifs à sa régularité ou à son bien-fondé, de déterminer s'il y a lieu de faire droit, dans la mesure où elle n'est pas sans objet, à la demande de reprise des relations contractuelles, à compter d'une date qu'il fixe, ou de rejeter le recours, en jugeant que les vices constatés sont seulement susceptibles d'ouvrir, au profit du requérant, un droit à indemnité.

8. La société Boyer demande au tribunal d'annuler la décision du 24 décembre 2020 de résiliation du marché à ses torts et les décisions rejetant son mémoire en réclamation du 11 février 2021 complété le 19 février 2021. Or, il résulte de l'instruction que le contrat a été résilié le 24 décembre 2020 et qu'aucune reprise des relations contractuelles n'était envisageable. Par suite, les conclusions par lesquelles la société Boyer demande d'annuler la décision portant résiliation du marché et celles rejetant implicitement et explicitement son mémoire en réclamation ne peuvent qu'être rejetées. Sur la recevabilité des conclusions tendant à l'annulation du procès-verbal d'admission des prestations :

9. Les conclusions de la société requérante tendant à l'annulation du procès-verbal d'admission des prestations notifié par l'OS n°69/21 du 22 janvier 2021, dès lors que ce procès-verbal constitue une simple mesure relative à l'exécution du marché insusceptible de recours, sont irrecevables et doivent être rejetées.

Sur les conclusions aux fins d'indemnisation et de contestation du décompte du marché :

10. Il appartient au juge de rechercher si la résiliation litigieuse est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité pour la société requérante. Seule une faute d'une gravité suffisante est

de nature à justifier, en l'absence de clause prévue à cet effet, la résiliation d'un marché public aux torts exclusifs de son titulaire.

En ce qui concerne le motif de résiliation tiré du non-respect du délai contractuel visé à l'article B5 de l'acte d'engagement et à la prorogation du délai d'exécution du marché :

11. Aux termes de l'article 32 du cahier des clauses administratives générales concernant les marchés publics passés au nom de la Polynésie française et de ses établissements publics, issues de l'arrêté n° 835 CG en date du 3 mai 1984 : « Résiliation pour faute du titulaire / 32. 1. L'autorité compétente peut résilier le marché pour faute du titulaire dans les cas suivants : (...) c) Le titulaire ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais contractuels (...) ». Aux termes de l'article 13.3. du cahier des clauses administratives générales : « Prolongation du délai d'exécution : 13. 3. 1. Lorsque le titulaire est dans l'impossibilité de respecter les délais d'exécution, du fait de l'acheteur public ou du fait d'un évènement ayant le caractère de force majeure, l'autorité compétente prolonge le délai d'exécution. Le délai ainsi prolongé a les mêmes effets que le délai contractuel. 13. 3. 2. Pour bénéficier de cette prolongation, le titulaire signale à l'autorité compétente les causes faisant obstacle à l'exécution du marché dans le délai contractuel. Il dispose, à cet effet, d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle ces causes sont apparues ou d'un délai courant jusqu'à la fin du marché, dans le cas où le marché arrive à échéance dans un délai inférieur à quinze jours. Il indique, par la même demande, à l'autorité compétente la durée de la prolongation demandée. 13. 3. 3. L'autorité compétente dispose d'un délai de quinze jours, à compter de la date de réception de la demande du titulaire pour lui notifier sa décision, sous réserve que le marché n'arrive pas à son terme avant la fin de ce délai. (...)». Aux termes du B.5 de l'acte d'engagement : « Durée d'exécution du marché : / La durée d'exécution du marché public est de sept mois ».

12. Il est toujours loisible aux parties de s'accorder, même sans formaliser cet accord par un avenant, pour déroger aux stipulations du contrat initial, y compris en ce qui concerne les pénalités de retard. En accordant à son cocontractant des reports successifs de délais, une administration peut ainsi être réputée avoir renoncé à lui infliger des pénalités de retard.

13. Il résulte de l'instruction qu'après notification du marché à la date du 15 octobre 2019, la société Boyer avait sept mois pour l'exécuter à compter du 30 octobre 2019, le terme étant fixé au 2 juin 2020. Toutefois, la société Boyer n'a pu tenir ces délais et, par ordre de service du 19 mai 2020, la Polynésie française a demandé à la société Boyer de lui fournir un planning actualisé avant le 29 mai 2020. Un nouveau planning a donc été fourni par la société requérante le 27 mai 2020 auquel il est fait référence dans les ordres de service postérieurs du 11 août 2020 et du 9 septembre 2020. De même, dans sa mise en demeure préalable à la résiliation du marché du 14 septembre 2020, la Polynésie française vise expressément « l'absence de démarrage des travaux de fondation à la fin du mois d'août 2020, tel que prévu au planning du 27/05/2020 ». Dans ces conditions, et alors que, dans le contexte particulier du covid-19 la société requérante avait dû changer de fournisseur en mai 2020, ce changement étant validé par la Polynésie française par ordre de service n°484/20 du 18 mai 2020, le nouveau planning fourni le 27 mai 2020 par la société requérante à l'administration doit être regardé comme ayant été

implicitement et nécessairement validé par les parties comme valant prolongation des délais au sens des dispositions précitées de l'article 13.3 du cahier des clauses administratives générales. Par suite, la Polynésie française ne pouvait se fonder sur le motif tiré du non-respect du délai contractuel visé à l'article B5 de l'acte d'engagement pour justifier de la résiliation du présent marché.

En ce qui concerne les autres motifs de la décision de résiliation :

14. Aux termes de l'article 3.8.2 du cahier des clauses administratives générales : « Lorsque le titulaire estime que les prescriptions d'un ordre de service qui lui est notifié appellent des observations de sa part, il doit les notifier à l'autorité compétente au signataire de l'ordre de service concerné, dans un délai de quinze jours à compter de la date de réception de l'ordre de service, sous peine de forclusion ». Aux termes de l'article 2 du cahier des clauses techniques particulières relatif au description d'objectif indique que « Prestations à fournir / (...) L'entreprise est réputée avoir pris connaissance de l'opération dans sa totalité et ne pourra se prévaloir d'une non- connaissance des travaux qui lui sont confiés et qui doivent être réalisés en vue de la fourniture en état des prestations demandées et en respect des règles de la cité administrative de transit. Elle est réputée avoir consulté les plans et les détails fournis, et ne pourra jamais prétendre les avoir ignorés. Elle doit interroger le maître d'ouvrage pour toute ou partie des documents fournis au présent marché sur lesquelles elle a des interrogations avant de remettre son offre ». Il résulte de ces stipulations que l'entreprise est tenue de vérifier toutes les opérations à réaliser avant de déposer son offre en analysant les documents du marché ou en recourant, le cas échéant, aux services d'un prestataire spécialisé.

15. Aux termes de l'article 32 du cahier des clauses administratives générales concernant les marchés publics passés au nom de la Polynésie française et de ses établissements publics, issues de l'arrêté n° 835 CG en date du 3 mai 1984 : « Résiliation pour faute du titulaire / 32. 1. L'autorité compétente peut résilier le marché pour faute du titulaire dans les cas suivants : (...) c) Le titulaire ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais contractuels (...) ». Aux termes de l'article 14.01 du cahier des clauses administratives particulières : « Phase de préparation / Il est fixé une phase de préparation comprise dans le délai d'exécution. Cette phase débute dès la notification du marché. Il est procédé au cours de cette phase, aux opérations énoncées ci-après : -Réalisation de toutes les études d'exécution et les démarches administratives réglementaires préalables au démarrage des prestations ; -Etablissement et présentation au visa du conducteur d'opération, du programme détaillé d'exécution des prestations, dans le délai de 15 jours à compter du début de cette période. Le programme indiquera notamment es interventions par zone, les moyens affectés à l'exécution des différentes tâches (...) ; -Etablissement et présentation au visa du conducteur d'opération, des notes de calcul, et études de détail nécessaires pour le début des prestations, dans le délai de 15 jours à compter du début de cette période (mission EXE) ; -Présentation au visa du conducteur d'opération, des imprimés de déclaration d'intention de Commencement des prestations (DICT), dument visés par le responsable des services concessionnaires ou exploitants de réseaux. -Présentation des fiches d'approbation des matériaux (FAM) au conducteur d'opération pour validation, dans un délai d'un mois minimum avant le démarrage des prestations concernées (...) ; - fournir, dans le délai de 7 jours, pour approbation les coordonnées du BET retenu pour

la réalisation de la mission EXE. – Etablissement et présentation au visa du conducteur d'opération du PPSPS, dans un délai d'un mois à compter du début de cette période ; /L'absence de remise au conducteur d'opération de ces documents fait obstacle à l'exécution proprement dite des prestations, aux torts du titulaire ». Aux termes de l'article 14.02 du cahier des clauses administratives particulières : « Plans d'exécution – Note de calcul –Etudes détail / La mission EXE (...) est à la charge du titulaire pour l'ensemble des prestations prévues au marché. / Le titulaire devra établir pendant la phase de préparation, à ses frais, les plans d'exécution, notes de calcul et études de détail (mission de conception EXE) sur la base des éléments inclus dans le dossier de consultation et pour soulever les problèmes que pourraient poser les dispositions techniques adoptées sur les plans fournis. Tous les plans d'exécution, plans de détails ou schémas complémentaires dressés par le titulaire seront préalablement soumis au visa du conducteur d'opération et à l'avis du contrôleur technique. /Le délai dans lequel le contrôleur technique doit fournir son avis est de 15 jours. Si passé ce délai, le titulaire n'a pas reçu l'avis du contrôleur technique sur les documents transmis, il en informe immédiatement le contrôleur d'opération. (...) ».

16. En l'espèce, la Polynésie française, pour décider de résilier le marché aux torts exclusifs de la société Boyer, s'est fondée sur le motif tiré du non-respect des prescriptions n°1 et n°2 de l'ordre de service de mise en demeure n°1289/20 du 4 novembre 2020, c'est-à-dire pour n'avoir pas fourni les notes de calculs prévues à l'article 14.01 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP), notamment celles nécessaires à la levée de l'avis du bureau de contrôle technique n°67 VERITAS, après examen des documents d'exécution et des justifications portant sur la résistance de la structure des vents de 204 km/h, ainsi que sur le fait que la société requérante n'a pas confirmé la commande effectuée auprès de son fournisseur pour la réalisation des prestations. Elle s'est aussi fondée sur le motif tiré de la non-transmission des documents exigés au marché pendant la phase de préparation du chantier prévue par les articles 14.01 et 14.02 du CCAP. La Polynésie française a en outre précisé dans sa décision de résiliation, que « le retard pris dans l'exécution de votre marché compromet gravement le planning d'autres opérations de travaux publics, à savoir la construction du parking silo, et par voie de conséquence la construction du bâtiment A3 dans le cadre du programme de restructuration de la collectivité de la Polynésie française ».

17. Concernant le premier motif, par courrier du 7 septembre 2020, le bureau de contrôle Veritas a délivré son AODEX n°67 demandant à la société Boyer « de fournir un document d'exécution complet en langue française comprenant les justifications de résistance aux vents de 204km/h ». Par ordres de service des 9 et 14 septembre 2020, la Polynésie française a mis en demeure la société Boyer de fournir cette étude. Il résulte de l'instruction que la société Boyer n'a pas fourni une telle étude avec note de calcul avec les justifications requises dans les conditions prévues aux articles précités du CCAP.

18. Concernant l'autre motif, il résulte de l'instruction que les coordonnées du BET pour approbation, le projet d'installation du chantier des ouvrages provisoires, le programme détaillé d'exécution des prestations (PDE) et les notes de calcul des bâtiments n'ont pas été transmis pendant la phase de préparation du chantier.

19. A titre liminaire, la Polynésie française a souhaité, dans le cadre de ce marché de fourniture et de pose de bâtiments modulaires, que l'assemblage de l'ensemble des différents modules soit réalisé de manière à offrir une stabilité aux vents cycloniques inférieurs ou égaux à 204 km/h. La société Boyer fait valoir en substance que la réalisation des bâtiments modulaires résistant à un vent de 204 km/h était irréalisable au regard de séries de contradictions et d'incompatibilités majeures entre les différentes exigences techniques du marché. Ainsi l'administration aurait commis des fautes de nature à engager sa responsabilité.

20. En premier lieu, la société Boyer, qui fait valoir que les retards contractuels sont imputables au maître d'ouvrage, indique que la Polynésie française a commis un retard dans la communication de l'étude G2 Pro. Toutefois, alors même que l'étude G2 Pro a été prise en charge par l'administration seulement le 31 janvier 2020, soit trois mois après le début des travaux suite à une contradiction dans la rédaction des stipulations du cahier des clauses administratives particulières, la société Boyer ne justifie pas que cette contradiction a eu impact sur le déroulement du marché et serait à l'origine de son retard d'exécution.

21. En deuxième lieu, la circonstance que le bureau de contrôle aurait mis trois mois pour approuver les fiches d'approbation de matériaux n'est pas davantage de nature à justifier, en l'espèce, du retard d'exécution du marché du fait de la Polynésie française, alors qu'au demeurant, selon l'article 14.02 du cahier des clauses administratives particulières précité, il appartenait à la société requérante d'informer le conducteur d'opération passé le délai de 15 jours de l'absence d'avis du contrôleur technique.

22. En troisième lieu, il résulte de l'instruction que les plans de réservation des différents corps d'état, demandés à l'administration le 7 février 2020 par la société requérante, lui ont été communiqués le jour même.

23. En quatrième lieu, la société requérante n'établit pas que l'envoi de nouvelles fiches d'approbation des matériaux (FAM) entre le 18 juin et 20 juillet 2020, suite au changement de fournisseur, a rendu impossible la finalisation des études d'exécution et le passage à la phase de commande effective, ni que des modifications tardives apportées au projet, suite à ce changement de fournisseur, seraient de nature à caractériser une faute imputable à l'administration.

24. En cinquième lieu, si la société requérante invoque neuf séries de contradictions et d'incompatibilités entre les exigences techniques du marché de nature à caractériser des fautes de l'administration, il lui appartenait, dès lors que les éléments portés à sa connaissance dans les documents du marché ne lui permettaient pas de mesurer l'étendue de ses obligations, d'informer le maître de l'ouvrage du caractère incomplet du dossier et des erreurs contenues dans ces documents et de demander des informations complémentaires avant de remettre son offre, comme l'y invitaient les dispositions du cahier des clauses techniques particulières précitées au point 14. Il résulte pourtant de l'instruction que la société Boyer s'est abstenue de relever auprès de l'adjudicateur le caractère incomplet ou erroné des documents du marché avant la remise de son offre en demandant, le cas échéant des informations nécessaires.

25. De plus, par un ordre de service n°805 du 11 août 2020, l'administration a validé les plans

d'exécution du 27 juillet 2020 de la société Algeco concernant la stabilité des bâtiments au vent de 204 km/h en demandant « d'optimiser le contreventement dans la mesure du possible », sans que la société requérante ne présente d'observations dans les délais fixés par les dispositions de l'article 3.8.2 du cahier des clauses administratives générales précitées au point 14. Cette prescription issue de cet ordre de service doit ainsi être regardée comme ayant acquis valeur contractuelle entre les parties. La société Boyer a pour la première fois, par courrier du 28 septembre 2020, postérieurement à la réception d'une mise en demeure d'exécuter les travaux et près de onze mois après le début du marché, signalé ces contradictions, afin d'obtenir une suspension des délais d'exécution. Dans ces conditions, la société Boyer n'établit pas que l'administration a commis des erreurs dans la définition de son offre, au regard de la contrainte de résistance au vent à 204km/h et de l'objectif d'affaiblissement acoustique R_w supérieur ou égal à 45dB. Dans le même sens, la société requérante ne saurait faire valoir que les dimensions des escaliers prévues par le CCTP comportaient des erreurs de dimensionnement ne respectant pas la réglementation, alors qu'au demeurant, ces circonstances ne sont pas établies. De même, la société requérante ne saurait faire valoir que la galvanisation à chaud pour l'ossature et la charpente métallique visée par le CCTP étaient en contradiction avec la peinture antirouille à 250 microns proposée dans ces mêmes CCTP, alors qu'au demeurant, elle a proposé dans son offre une galvanisation à chaud de ses profilés. Enfin, pour les mêmes raisons que précédemment évoquées, la société requérante, réputée avoir pris connaissance de l'ensemble du dossier lors de la remise de l'offre, ne saurait faire valoir pour justifier d'une faute de l'administration que le vide sanitaire imposé dans les documents du marché était trop petit et ne permettait pas la mise en place des réseaux et leur entretien.

26. En sixième lieu, l'article 4 du cahier des clauses techniques particulières relatif aux terrassements indique que « La surface disponible comprend les plateformes destinées aux stationnements et une plate-forme réservée aux bâtiments. Cette aire est plane est libre de toute construction ». Ce même article relatif à la connaissance du site précise que : « Par tout moyen, l'entrepreneur devra obligatoirement avant la remise des offres, prendre connaissance du site (...) ».

27. Si la société Boyer a dû prévoir un terrassement complémentaire ou plateforme d'implantation des bâtiments, il ne résulte pas de l'instruction que les informations données par l'administration dans le cahier des clauses techniques particulières, à savoir que l'aire des plateformes était plane, étaient erronées. De plus, il appartenait à l'entrepreneur de prendre connaissance du site avant la remise des offres afin d'y intégrer les travaux de terrassements nécessaires. Dans ces conditions, les moyens tirés de ce que le terrain d'assiette était non- conforme à l'exécution du marché, et de ce que les retards d'exécution du marché sont imputables à la Polynésie française du fait de la réalisation du terrassement de la plateforme non conforme au marché, doivent être écartés.

28. En septième lieu, et d'une part, l'administration a notifié par ordre de service n° 805 en date du 11 août 2020 à la société Boyer, reçu le même jour, en apposant la mention « La pose du sous plafond 600X600 à l'intérieur des locaux (...) conforme aux exigences du CCTP. Il est de plus demandé de relever au maximum à la hauteur sous plafond (...) ». Cependant la société requérante n'a présenté

aucune observation dans les délais prévus par les dispositions précitées de l'article 3.8.2 du cahier des clauses administratives générales à peine de forclusion. Cette prescription issue de cet ordre de service doit être regardée comme ayant acquis valeur contractuelle entre les parties. Au demeurant, et alors que l'article 4 du cahier des clauses techniques particulières relatif aux plafonds prévoit qu'« il sera réalisé sur l'ensemble des locaux autres que précédemment désignés des faux-plafonds de type suspendus à dalle de laine de roche (...) 600x600x30mm ou similaire (...) », il ne résulte pas de l'instruction que l'administration ait imposé un sous plafond supplémentaire excédant les exigences des documents du marché. Dans ces conditions, la société Boyer n'établit pas que l'administration a commis une faute en ajoutant le faux plafond 600x600 aux faux plafonds déjà intégrés aux modules du fournisseur Algeco.

29. D'autre part, l'article 2 du cahier des clauses techniques particulières relatif aux études à la charge de l'entreprise indique que : « Les études et plans d'exécution ci-après mentionnées seront à la charge de l'entreprise adjudicatrice (...) et sous son entière responsabilité (...) - Dimensionnement et positionnement des percements et traversées de parois, sols, toits pour passage des différents réseaux ». Il résulte de l'instruction que l'annexe n°785/20 à l'ordre de service n° 805 en date du 11 août 2020 appose la mention « Il en est de même pour les trémies au sol à optimiser selon dimensions réellement utiles 90mnx350mm intérieurs - Trémies dans les longrines : dimensions 200mnx300mn à placer à la base de la semelle (...) ». Cependant la société requérante n'a présenté aucune observation dans les délais prévus par les dispositions précitées de l'article 3.8.2 du cahier des clauses administratives générales à peine de forclusion. Cette prescription issue de l'annexe de cet ordre de service doit être regardée comme ayant acquis valeur contractuelle entre les parties. Au demeurant, et alors que les dimensions et l'emplacement des gaines et trémies étaient sous l'entière responsabilité de la société requérante, celle-ci était réputée avoir pris connaissance de la nécessité de réaliser les études et plans les dimensions et l'emplacement des gaines et trémies. Dans ces conditions, la société Boyer ne peut faire valoir que l'administration a commis une faute en communiquant tardivement les exigences quant aux dimensions et à l'emplacement des gaines et trémies, ni que les retards d'exécution du marché sont imputables à la communication tardive des dimensions et emplacements des gaines et trémies.

30. En huitième lieu, l'article 4 du cahier des clauses techniques particulières relatif aux cloisons : « Toutes les cloisons comporteront : (...) - un comportement au feu d'Euro classe A1 (...) ». Si la société requérante fait valoir que l'exigence de cloison avec un « comportement au feu d'Euro classe A1 » ne pouvait être satisfaite par l'utilisation de panneaux de laine de roche de 50mm, il n'est pas contesté que la société Boyer a proposé un panneau de laine de roche ayant un comportement au feu de classe A2, qui a été accepté par le bureau Veritas, et qui n'a pas été refusé par l'administration, considérant les normes A1 et A2 équivalentes. Par suite, la société requérante n'établit pas la faute de l'administration.

31. En neuvième lieu, aux termes de l'article 2 du cahier des clauses administratives particulières : « Conception /Les plans sont donnés à titre informatif. Ils doivent faciliter la conception d'exécution due par l'entreprise qui devra respecter le principe fonctionnel de chaque bâtiment, l'organisation des locaux les uns par rapport aux autres. /Au regard des plans donnés, la conception doit permettre d'apporter les

meilleures solutions visant à simplifier le montage, faciliter les variations d'aménagements. Proposer des solutions pertinentes pour assurer les parfaits raccordements des modules entre eux et relier les différents réseaux en attente. /La conception et la réalisation doivent faciliter la modularité ultérieure des aménagements notamment en ce qui concerne le rajout de cloisons ou le déplacement de certaines ; en veillant à assurer les continuités des plans au sol, aux murs et aux plafonds, ainsi que l'intégrité des étanchéités. / Etudes / Il revient à l'entreprise d'inclure dans son offre l'ensemble des études, les notes de calcul et les plans d'exécution, dessins d'exécution et nomenclatures relatifs à ses modes opératoires de réalisation (préfabrication, moyens de levages, etc.), les plans d'atelier et de chantier à mener pour assurer la réussite du projet et en garantir le parfait achèvement en même temps que sa pérennité. /Les prescriptions spécifiques indiquent les études à prendre en compte dans l'offre. Celles-ci ne sont pas exhaustives. L'entreprise intégrera et explicitera l'ensemble des études qu'elle entend conduire pour assurer et garantir le parfait achèvement et fonctionnement de la cité administrative de transit. /Pour les fondations, les courants forts et faibles hors climatisation, la charpente et couverture, les études d'exécution répondront aux attentes et objectifs décrits dans le présent document. (...) Les études à la charge de l'entreprise / Les études et plans d'exécution ci- après mentionnées seront à la charge de l'entreprise adjudicatrice (cette liste n'est pas exhaustive) et sous son entière responsabilité. Ils seront soumis pour agrément au maître d'ouvrage: -Dimensionnement des fondations, -Dimensionnement des modules et accessoires, -Dimensionnement des ensembles de menuiserie, -Dimensionnement et positionnement des percements et traversées de parois, sols, toits pour passage des différents réseaux. /Ces documents devront permettre la bonne mise en œuvre par l'entreprise ou par les sous-traitants (sous la responsabilité de l'entreprise) des ouvrages et / ou parties d'ouvrage (...) ».

32. La société Boyer fait valoir que l'administration a illégalement introduit les caractéristiques d'un marché de conception-réalisation dans un marché de fournitures. Il résulte des stipulations des articles 2 et 14.02 du cahier des clauses administratives particulières que seules les études, plans d'exécution et notes de calculs et sur la base des éléments inclus dans le dossier de consultation, devaient être réalisées par la société Boyer. Ainsi, comme il a été indiqué aux points précédents, la société Boyer a pu présenter son offre en toute connaissance de cause, sans que la circonstance qu'elle ait dû exécuter la « mission conception EXE » prévue dans le marché, soit de nature à caractériser une faute de l'administration.

33. En dixième lieu, la société Boyer fait valoir qu'au regard des neuf séries de contradictions précitées, l'administration a commis des fautes dans la définition de ses besoins et des exigences techniques et dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, méconnaissant ainsi le principe de loyauté et de bonne foi dans l'exécution du marché. Elle fait valoir encore que l'administration, en refusant de régler de bonne foi en collaboration avec elle les difficultés majeures signalées dans un courrier du 28 septembre 2020, a commis une faute. Toutefois, il résulte de l'instruction que la société requérante n'a pas signalé ces contradictions ou omissions, ni lors de l'établissement de son offre, ni lors de l'exécution du marché. En outre, par un ordre de service n°805 du 11 août 2020, l'administration a validé les plans d'exécution du 27 juillet 2020 de la société Algeco concernant la stabilité des

bâtiments au vent de 204km/h en optimisant le contreventement dans la mesure du possible, concernant la pose du sous plafond et le maintien des châssis de désenfumage des escaliers conformément aux exigences du CCTP, sans que la société requérante ne présente de réserves dans les délais fixés par le cahier des clauses administratives générales. De plus, le courrier du 28 septembre 2020 de la société requérante présentant les difficultés rencontrées dans l'exécution du marché près de onze mois après le début du marché et visant à obtenir une suspension des délais d'exécution, a été adressé à l'administration pour la première fois à la suite d'une mise en demeure du 20 septembre 2020 d'exécuter certaines prestations dans le délai de 15 jours, et informant qu'à défaut la résiliation serait prononcée aux torts de l'entreprise. Il résulte encore de l'instruction que comme il a été indiqué aux points précédents, il appartenait à la société Boyer, avant de déposer son offre, de vérifier toutes les opérations à réaliser en analysant les documents du marché et de présenter ses observations dans le délai de quinze jours. Par ailleurs, il ne résulte pas de l'instruction que la Polynésie française, qui en a de fait accepté une nette prolongation, ait fait preuve d'absence de souplesse quant aux délais d'exécution du marché et aux prestations proposées par la société requérante, comme cela a été indiqué au point 12. Au regard de l'ensemble de ces éléments, ainsi que ceux indiqués aux points précédents, la société Boyer, qui n'établit pas que l'administration aurait commis des fautes dans la définition de ses besoins techniques et dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, ne caractérise aucun manquement de celle-ci au principe de loyauté et de bonne foi. En ce qui concerne la force majeure :

34. Il ne résulte pas de l'instruction que la crise sanitaire de la Covid-19 a entraîné une interruption du chantier du 1er mars 2020 au 1er juillet 2020, ni qu'elle ait été constitutive en l'espèce d'un cas de force majeure irrésistible susceptible de justifier le non-respect des prescriptions n°1 et n°2 de l'ordre de service de mise en demeure n°1289/20 du 4 novembre 2020 et la non transmission des documents exigés au marché pendant la phase de préparation de chantier.

35. Il résulte de ce qui précède que, comme il a été dit aux points 11 et 12, que si le non-respect du délai de 7 mois prévu à l'article B.5 de l'acte d'engagement, ne peut être retenu comme un motif à la résiliation dès lors que ce délai doit être regardé comme prolongé par l'administration, il résulte de l'instruction qu'au regard des autres motifs et malgré la prolongation des délais, la société Boyer n'a pas pu finaliser les études d'exécution du marché en vue du passage à la commande effective pour la réalisation des bâtiments modulaires, ce qui a compromis l'exécution du marché. Dans ces conditions, et dès lors que le titulaire ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais contractuels, la Polynésie française était en droit, eu égard à la gravité et à la répétition de ces manquements, de prononcer la résiliation du marché aux torts exclusifs de la société requérante. Par suite, les conclusions de la société Boyer tendant à la condamnation de la Polynésie française au paiement de la somme de 54 982 363 francs CFP TTC, augmentée des intérêts moratoires majorés de deux points de pourcentage et capitalisés, doivent être rejetées.

Sur les pénalités de retard :

36. Aux termes de l'article 10.05 des CCAP « D) Pénalités pour retard / (...) Le titulaire subira par jour

calendaire de retard dans l'achèvement des prestations, une pénalité d'un montant de 1/1000ème du montant du marché, éventuellement augmenté du montant des avenants, avec un minimum de 5 000F CFP hors taxe par jour. / Cette pénalité s'appliquera d'office, sans mise en demeure préalable, à la simple constatation du retard par rapport au délai d'exécution du marché tel que défini à l'article 10 du CCAP sous article 01 - Délai d'exécution, ainsi qu'aux délais partiels notifiés par ordre de service prévus au titre de cet article. / Une retenue provisoire du même montant sera appliquée aux décomptes mensuels sur simple constatation du retard d'une ou plusieurs tâches par rapport au calendrier détaillé d'exécution (...) ». L'article 10 du CCAP stipule que « le délai d'exécution intéressant les fournitures et travaux est transmis par le candidat dans son offre, selon le cadre proposé par le conducteur d'opération, en cohérence avec le délai qu'il aura mentionné dans l'acte d'engagement. (...) B) Le calendrier détaillé d'exécution / A partir du calendrier prévisionnel d'exécution remis par le titulaire dans son offre, l'autorité compétente met au point avec le titulaire le calendrier détaillé d'exécution par phases, dans le respect du délai global mentionné dans l'engagement. En complément, le calendrier détaillé d'exécution fait apparaître au sein de chaque phase ou entre les phases, les tâches caractéristiques, les enchaînements des tâches, le rattachement graphique entre l'achèvement d'une tâche suivante qu'elle conditionne ainsi que le ou les chemins critiques de l'opération. Après mise au point, le calendrier détaillé d'exécution est notifié au titulaire (...) ».

37. Comme il a été dit aux points 10 à 12, il résulte de l'instruction qu'en ayant accordé à la société requérante le report du délai contractuel d'exécution initialement défini, la Polynésie française est réputée avoir renoncé à lui infliger des pénalités de retard pour la période du 30 mai 2020 au 25 janvier 2021. Par suite, la Polynésie française n'est pas fondée à infliger des pénalités de retard d'un montant de 99 199 060 F CFP.

Sur le solde du marché :

En ce qui concerne l'avance forfaitaire à restituer :

38. Comme il a été dit au point 35, la restitution de l'avance forfaitaire à la Polynésie française est justifiée par la résiliation du contrat aux torts exclusifs de la société Boyer, sous réserve du paiement des prestations réalisées par la société Boyer dans le cadre du décompte de résiliation. Ainsi, la société Boyer n'établit pas que cette restitution serait infondée.

En ce qui concerne le décompte du marché :

39. Aux termes de l'article 34.3 de l'annexe 2 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services : « Le décompte de résiliation à la suite d'une décision de résiliation prise en application de l'article 32 comprend : 34. 3. 1. Au débit du titulaire : — le montant des sommes versées à titre d'avance, d'acompte, de règlement partiel définitif et de solde ; — la valeur, fixée par le marché et ses avenants éventuels, des moyens confiés au titulaire que celui-ci ne peut restituer, ainsi que la valeur de reprise des moyens que l'acheteur public cède à l'amiable au titulaire ; — le montant des pénalités ; — le cas échéant, le supplément des dépenses résultant de la passation d'un marché aux frais et risques du titulaire dans les conditions fixées à l'article 36. 34. 3. 2. Au crédit du titulaire : — la valeur contractuelle des prestations reçues y compris,

s'il y a lieu, les intérêts moratoires ; — la valeur des prestations fournies éventuellement à la demande de l'autorité compétente telles que le stockage des fournitures (...) ».

40. D'une part, la résiliation du marché, prononcée aux torts exclusifs de la société Boyer ne peut lui ouvrir droit à indemnisation. Par suite, la demande indemnitaire présentée par la société requérante au titre de son manque à gagner et des frais induits par la rédaction des courriers de contestation des mises en demeure, de réserves et des mémoires en réclamation, ne peuvent être qu'écartées.

41. D'autre part, la société Boyer fait valoir qu'elle a droit au paiement des « Etudes » réalisées transmises à l'administration, dont une partie a été validée par l'ordre de service n°805/20 du 11 août 2020. Toutefois, l'administration indique en défense, sans être sérieusement contestée par les pièces produites que les plans remis par l'entreprise à l'occasion des études d'exécution avec le fournisseur Algeco, matérialisés par de simples plans et la fourniture de fiches d'approbation des matériaux, n'ont jamais été réalisés de manière complète, n'ont jamais été accompagnés des notes de calcul requises, et n'ont pas fait l'objet d'une validation du contrôle technique. Dans ces conditions, ces études ne peuvent être regardées comme des prestations reçues au sens des stipulations précitées.

42. En outre, si la société Boyer sollicite le remboursement de la somme correspondant à la réalisation d'un terrassement de la plateforme, il résulte de l'instruction que les stipulations du marché n'ont pas prévu cette prestation, ni aucune rémunération spécifique afférente. D'autre part, cette prestation de terrassement, qui n'a pas été demandée par le maître de l'ouvrage, ne peut être regardée comme des travaux ou des sujétions supplémentaires. Enfin, ladite prestation ne correspond pas, en tout état de cause, à une prestation fournie à la Polynésie française présentant pour elle une quelconque utilité. Dans ces conditions, cette prestation ne peut être regardée comme une prestation reçue ou fournie à la Polynésie française au sens des stipulations précitées.

43. En revanche, alors que l'article 4 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) relatif aux terrassements met à la charge de la société Boyer de l'étude géotechnique G3, il résulte de l'instruction que cette Mission G 3 portant sur des investigations géotechniques, d'un montant de 834 250 F CFP HT, soit 942 703 F CFP TTC, a été remise par la SAS Boyer à la direction de l'équipement le 14 février 2020. Dans ces conditions, la valeur de cette prestation contractuelle doit être inscrite au crédit de la société requérante.

44. Il résulte de ce qui précède que le solde du décompte de résiliation du marché est porté à la somme de moins 51 716 864 F CFP TTC au débit du titulaire.

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

45. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la Polynésie française une somme de 150 000 F CFP à verser à la société Boyer au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1er : Les requêtes n°2100067 et n°2100230 sont rejetées.

Article 2 : Le solde du décompte de résiliation du marché est porté à la somme de moins 51 716 864 F CFP TTC au débit du titulaire.

Article 3 : La Polynésie française versera à la SAS Boyer 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 : Le présent jugement sera notifié à la SAS Boyer et à la Polynésie française.

Copie en sera adressée à la pairie de la Polynésie française et à la direction des finances publiques en Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 10 mai 2022, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président, M. Retterer, premier conseiller, M. Graboy-Grobescio, premier conseiller,

Rendu public par mise à disposition au greffe le 24 mai 2022.

La greffière,

D. Germain

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, Un greffier,