

## Décision du Tribunal administratif n° 2200254 du 13 décembre 2022

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires enregistrés les 18 juin, 10 septembre et 21 octobre 2022, la Sarl Vicart Tura Ora, représentée par Me Jacquet, demande au tribunal dans le dernier état de ses écritures :

1°) à titre principal, de condamner la commune de Bora Bora au paiement de la somme de 5 121 611 F CFP en réparation du préjudice subi du fait de la procédure irrégulière de passation du marché public de fourniture et pose de réservoirs ;

2°) à titre subsidiaire, d'ordonner une expertise aux fins de déterminer le montant correspondant à son manque à gagner ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Bora Bora la somme de 339 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- son offre a été rejetée alors qu'avec la note globale de 90 / 100 contre 77,38 / 100 attribuée à la société lauréate " Hanavai ", c'est elle qui aurait dû être retenue ; la commune de Bora Bora a écarté son offre pour des considérations extérieures à cette dernière et aux critères fixés dans le règlement de consultation ; elle avait des chances très sérieuses de remporter le marché en litige puisque son offre était objectivement la meilleure ;

- le marché a été résilié sans aucun motif et fort opportunément après l'envoi de sa demande préalable ;  
- la somme de 5 121 611 F CFP qu'elle sollicite et justifie, par une évaluation d'un expert-comptable, correspond à la marge dont elle a été privée pour l'exercice 2021.

Par des mémoires en défense enregistrés les 2 et 30 septembre 2022, la commune de Bora Bora, représentée par la Selarl Jurispol, conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 200 000 F CFP soit mise à la charge de la Sarl Vicart Tura Ora au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que la société requérante n'a en réalité subi aucun préjudice dès lors que le marché signé avec la société " Hanavai " a fait l'objet d'une résiliation amiable et, qu'en tout état de cause, les moyens présentés par la Sarl Vicart Tura Ora ne sont pas fondés.

Des pièces ont été enregistrées le 26 novembre 2022 pour la Sarl Vicart Tura Ora.

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. C,
- les conclusions de Mme B de Saint-Germain, rapporteure publique,
- les observations de Me Jacquet, représentant la Sarl Vicart Tura Ora et celles de Me Quinquis pour la commune de Bora Bora.

Considérant ce qui suit :

1. Dans le cadre d'un marché de travaux pour la réalisation d'un bassin de stockage d'eau potable d'une capacité de 400 mètres cubes d'un montant de 10 663 947 F CFP HT, la commune de Bora Bora a lancé, le 19 octobre 2021, un appel d'offres pour la fourniture et la pose de deux réservoirs. Par courrier du 20 décembre 2021, le maire de la commune de Bora Bora a rejeté l'offre présentée par la Sarl Vicart Tura Ora. Le 24 janvier 2022, l'ordre de service de démarrage du marché a été notifié à la Sarl Hanavai. Le 9 mars 2022, un autre ordre de service a été adressé à cette société suspendant ledit marché. Par une décision du 16 mars suivant, le maire de la commune de Bora Bora a résilié le marché. Par un courrier du 28 mars suivant adressé à la commune de Bora Bora, la Sarl Vicart Tura Ora a formé une demande préalable tendant au paiement d'une indemnité en réparation du préjudice subi du fait de son éviction du marché susmentionné. Par un courrier du 22 avril 2022, la commune de Bora Bora a rejeté cette demande. Par la présente requête, la Sarl Vicart Tura Ora sollicite la condamnation de la commune de Bora Bora au paiement de la somme de 5 121 611 F CFP en réparation du préjudice subi du fait de la procédure irrégulière de passation du marché.

Sur les conclusions indemnitaires :

2. Aux termes de l'article LP 221-2 du code polynésien des marchés publics : " I. - Les prestations qui font l'objet d'un marché sont définies, dans les documents de la consultation, par des spécifications techniques qui décrivent les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures. Les spécifications techniques sont formulées : 1° Soit par référence à des normes, telles que prévues par la délibération n° 2007-2 APF du 26 février 2007 relative à la normalisation, ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation ; 2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et à l'acheteur public d'attribuer le marché. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales. Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les spécifications techniques peuvent être décrites de manière succincte. II. - L'acheteur public détermine les prestations qui font l'objet du marché qu'il passe soit en utilisant exclusivement l'une ou l'autre des catégories de spécifications techniques mentionnées aux 1° et 2° du I, soit en les combinant ". 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.

3. Aux termes de l'article LP 311-3 du code précité : " Dans les procédures formalisées autres que le concours, les commissions d'appel d'offres des communes, de leurs établissements, des établissements publics de coopération intercommunale et des syndicats mixtes sont chargées de procéder aux opérations de dépouillement des plis et d'émettre un avis sur l'élimination des candidatures et des offres. / Elles formulent également un avis sur le classement des offres et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse à l'autorité compétente. ".

4. Il est constant que l'offre de la Sarl Vicart Tura Ora a été classée en première position avec la note globale de 90/100, devant l'offre de la Sarl Hanavai à qui la note de 77,38/100 a été attribuée. La commune de Bora Bora ne soutient pas que la candidature ou l'offre de la société requérante était irrégulière. Dans ces conditions, cette dernière est fondée à soutenir qu'elle a été irrégulièrement évincée de la procédure de passation du marché de travaux en litige.

5. Lorsqu'il est saisi par une entreprise qui a droit à l'indemnisation de son manque à gagner du fait de son éviction irrégulière à l'attribution du marché, il appartient au juge d'apprécier dans quelle mesure ce préjudice présente un caractère certain.

6. Un candidat évincé ne peut prétendre à une indemnisation d'un manque à gagner lorsque la personne publique renonce à conclure le contrat au terme de la procédure de sélection pour un motif d'intérêt général. Toutefois, la commune de Bora Bora n'a pas, en l'espèce, renoncé à conclure un contrat pour un tel motif au terme de la procédure de sélection mais a résilié le contrat qu'elle a conclu avec la Sarl Hanavai, au motif de l'irrégularité de la procédure de passation. Cette circonstance ne saurait, dans ces conditions et alors qu'il n'est pas soutenu par la commune de Bora Bora que la procédure de passation de ce marché devrait être relancée, permettant le cas échéant à la société requérante d'en assurer l'exécution, dénier à la Sarl Vicart Tura Ora tout droit à indemnisation.

7. Le manque à gagner doit être déterminé en prenant en compte le bénéfice net qu'aurait procuré ce marché à l'entreprise. L'indemnité due à ce titre, qui ne constitue pas la contrepartie de la perte d'un élément d'actif mais est destinée à compenser une perte de recettes commerciales, doit être regardée comme un profit de l'exercice au cours duquel elle a été allouée et soumise, à ce titre, à l'impôt sur les sociétés. Le calcul du bénéfice net s'opère par soustraction au total des produits de l'ensemble des charges et le taux de marge doit être déterminé en prenant en compte non seulement les charges variables de la société mais également ses charges fixes. La marge bénéficiaire doit être fixée à partir du ratio : résultat courant avant impôts sur les sociétés / chiffre d'affaires.

8. Dans ces conditions, au regard des pièces produites, notamment du compte de résultats pour l'exercice 2021 produit à la demande du tribunal, duquel il se déduit un taux de marge de l'entreprise de 4%, et en faisant application de ce taux au montant du marché, en l'espèce de 10 663 947 F CFP HT, il convient d'évaluer le manque à gagner de la société requérante à la somme de 426 558 F CFP.

9. Il résulte de ce qui précède que la commune de Bora Bora doit être condamnée à verser à la Sarl Vicart Tura Ora une somme de 426 558 F CFP en réparation de son manque à gagner.

Sur les frais liés au litige :

10. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Bora Bora la somme de 150 000 F CFP à verser à la Sarl Vicart Tura Ora au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, ces dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de Sarl Vicart Tura Ora, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance.

DECIDE :

Article 1er : La commune de Bora Bora est condamnée à verser à la Sarl Vicart Tura Ora une somme de 426 558 F CFP en réparation de son manque à gagner.

Article 2 : La commune de Bora Bora versera à la Sarl Vicart Tura Ora une somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions de la commune de Bora Bora tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la Sarl Vicart Tura Ora et à la commune de Bora-Bora.

Délibéré après l'audience du 6 décembre 2022, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président,

M. Graboy-Grobescio, premier conseiller,

M. Boumendjel, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 13 décembre 2022.

Le rapporteur,

A C

Le président,

P. Devillers 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 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,

N°2200254