

Décision du Tribunal administratif n° 2300122 du 30 janvier 2024

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 12 avril et 10 juillet 2023, la société Interoute, représentée par le cabinet Lacourte Raquin Tatar, demande au tribunal, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'annuler la décision par laquelle le ministre des finances, de l'économie, en charge de l'énergie, de la protection sociale généralisée, de la coordination de l'action gouvernementale et des télécommunications a implicitement rejeté, le 16 novembre 2022, son mémoire en réclamation du 16 septembre 2022 ;

2°) de fixer le total du décompte général du lot n° 4 du marché de construction d'un système de production de frigories à partir d'un puisage océanique en eau profonde pour la climatisation du Centre hospitalier de la Polynésie française sur l'île de Tahiti à 388 706 665 F CFP

3°) de mettre à la charge de la Polynésie française une somme de 500 000 F CFP à lui verser au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

En ce qui concerne l'encrassement/endommagement des équipements dont Cegelec avait la charge :

- Le constat d'huissier réalisé le 3 mars 2022 relève la présence de sable dans l'échangeur n° 1 de Cegelec et une faible présence de sable dans l'échangeur n° 2 mais ne comporte aucune observation sur l'endommagement ou l'encrassement des équipements de Cegelec ; la circonstance que Cegelec a réalisé des travaux supplémentaires ne prouve pas cet encrassement/endommagement ; selon ce constat, la déformation du tamis inox est certainement due à la quantité de débris récupérés ; l'huissier relève que l'article 4.4 du CCTP du lot n° 3 prévoit la fourniture et la pose d'un filtre inox avec des mailles de 3 mm alors que les mailles du tamis installé par la société Cegelec mesurent 1,37 mm ; la légère déformation relevée pourrait être le résultat d'une maille trop fine par rapport à l'utilisation qui était prévue du réseau ;

- l'encrassement ou l'endommagement des équipements dont Cegelec avait la charge ne saurait lui être imputé ; il n'est pas contestable que les résidus sableux provenaient de l'eau boueuse et des matériaux qui ont envahi les canalisations réalisées par Interoute à la suite de la rupture d'une buse, dont elle n'avait pas la responsabilité, le 21 avril 2021 vers 15h ; sous la pression du CHPF, elle n'a eu le temps que de parer à l'urgence en calfeutrant les tubes du SWAC puis de remblayer afin de permettre le passage des groupes électrogènes attendus par le CHPF ; par courrier du 21 septembre 2021 elle a justifié qu'elle ne pouvait être tenue pour responsable de la rupture de cette buse ; l'effondrement de la buse est postérieur aux travaux de blindage réalisés par Interoute ; la buse incriminée n'était pas clavetée et était posée sur du sable ; un débit de 200 m³/h du chantier du pôle de santé mentale transitait depuis quelques jours, avec des départs de matériaux ; cette utilisation a eu pour effet de dégrader l'ouvrage jusqu'à son effondrement : la buse était fissurée au-delà de la zone de travaux

d'Interoute, révélant l'état délabré de l'ouvrage ; la présence de sable et de galettes agglomérées dans le réseau secondaire résultent de l'effondrement de la buse ; l'inondation, qui a suivi cet effondrement, a été causée par la modification du rejet des eaux de pompage du chantier du PSM, travaux réalisés par une entreprise tierce ;

- Interoute n'a pas commis de faute dans les opérations de nettoyage dont elle avait la charge, opération prévue à l'article 3.2.2 du CCTP ; elle a procédé au nettoyage du réseau secondaire conformément aux prescriptions du marché ; le contexte d'urgence dans lequel elle a dû procéder aux réparations et au remblaiement du fait de la rupture de la buse et la difficulté technique de procéder à une inspection des tubes post pose ne lui ont pas permis de vérifier la présence de matières dans le réseau secondaire ; elle a mis en œuvre les moyens nécessaires au nettoyage ; si un troisième puis un quatrième rinçage ont dû être réalisés, cette circonstance est imputable au maître d'œuvre, qui a refusé de lui laisser le temps de réfléchir à une solution définitive après le deuxième nettoyage ; le nettoyage définitif réalisé de janvier à avril 2022 par hydrocurage puis raclage l'a obligé à mobiliser des moyens lourds ;

- d'autres causes ont certainement concouru à l'encrassement des équipements du lot n° 3 ; l'encrassement a été la conséquence directe d'un défaut de précaution du maître d'œuvre, qui a insisté pour poursuivre les essais de circulation et d'un défaut de conception ou d'exécution ; le filtre mis en place par Cegelec sur le lot n°3 n'a manifestement pas rempli son rôle ;

- la Polynésie française reconnaît que l'encrassement du réseau secondaire n'est pas de son fait puisque celle-ci admet que les résidus provenaient de la buse, dont la société requérante n'est pas responsable ; la Polynésie française ne peut soutenir qu'elle a commis une faute de nature contractuelle et une faute de négligence alors que c'est le maître d'œuvre qui a validé la modification du rejet des eaux de pompage du chantier du PSM ayant causé la rupture de la buse ; la société Interoute a subi un préjudice alors même qu'elle a mis en œuvre tous les moyens à disposition pour réparer les dommages ;

En ce qui concerne les retenues opérées par la Polynésie française :

- dans la mesure où la présence de matières dans le réseau secondaire résulte d'un cas de force majeure et qu'aucune faute ne peut lui être imputée, c'est à tort que le ministère considère qu'elle devra supporter les coûts liés à l'encrassement des équipements du lot n°3 dont Cegelec était titulaire ;

- la nécessité des travaux supplémentaires réalisés par Cegelec n'est pas démontrée ; les travaux de fourniture et de pose de deux sondes de pression ne relèvent pas d'une intervention de désencrassement ou d'une réparation, mais du choix de Cegelec de prendre des précautions supplémentaires en cas de nouvel encrassement à l'avenir ; Interoute n'a jamais été informée d'un endommagement des pompes secondaires ; l'utilité des trois tailles des tamis retenus par Cegelec n'est pas démontrée ;

- le coût des travaux supplémentaires réalisés par Cegelec n'est pas justifié ; aucun justificatif n'est produit s'agissant tant des frais exposés par Cegelec que par le maître d'ouvrage et l'assistance à maîtrise d'œuvre ; c'est Interoute et non Cegelec qui a pris en charge l'abonnement au service d'eau potable au droit du local technique à compter du 8 décembre 2021 ; sur les 1500 joints commandés

seuls 500 ont été utilisés ; le chiffrage des surcoûts exposés par Cegelec est donc erroné ; Interoute ne peut que constater que la Polynésie française n'apporte, en défense, aucun élément sur ses observations ;

- en droit les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché forfaitaire ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de son pouvoir de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de son besoin, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics ; l'indemnisation de ses prestataires par le ministère alors qu'une telle indemnité n'était pas due relève de son seul choix et ne saurait justifier qu'elle se retourne vers Interoute pour être remboursée ; la Polynésie française se retranche derrière les trois conditions d'un appel en garantie qui ne sont pas applicables au cas d'espèce à l'encontre de l'exposante ;

- s'agissant des pompes flowserve, le compte-rendu communiqué par la société Cegelec indique que la pompe secondaire a été endommagée par le sable présent dans les canalisations d'Interoute, sans plus de précisions ; il évoque seulement la possibilité de remplacer deux des trois pompes ;

- la Polynésie française se fonde sur deux arrêts du Conseil d'État inapplicables au cas d'espèce ; en ce qui concerne l'appel en garantie du maître d'œuvre par le maître d'ouvrage en cas de faute en lien avec le paiement de travaux supplémentaires à l'entrepreneur ; la Polynésie française ne peut appeler en garantie le requérant lui-même dès lors que cet appel permet d'attirer à la procédure la personne dont la collectivité estime qu'elle est responsable des travaux supplémentaires dont l'indemnisation est sollicitée ;

En ce qui concerne les pénalités de retard :

- l'article 4.2. du CCAP prévoyait un certain nombre de dates jalons dans l'exécution du marché, la date jalon J5 correspondant à la fin des essais de circulation ; l'article 4.4.1 du CCAP stipulait que des pénalités étaient dues en cas de retard notamment sur une date jalon ; par avenant n° 2 au marché, signé le 10 janvier 2022 la date jalon J5 a été fixée au 17 décembre 2021 (fin des essais de circulation), le ministère indique que les canalisations ont été mises à disposition le 9 mai 2022, avec 142 jours de retard ; Interoute n'est pas responsable du retard sanctionné : le réseau secondaire a été achevé le 5 novembre 2021 et mis à disposition de Cegelec à cette date pour la réalisation de l'essai de circulation ; la présence de sables et galettes agglomérées dans le filtre n° 3 ne lui est pas imputable ; l'acheminement des moyens qu'elle a mis en œuvre pour procéder au nettoyage final du réseau secondaire a connu des retards indépendants de sa volonté (crise sanitaire, début de la guerre en Ukraine) ; les obus de raclage qu'elle a commandé le 17 février n'ont pu lui être livrés qu'à compter du 22 mars, malgré un acheminement express par avion ; la seconde commande réalisée le 7 mars 2022 n'a été livrée que le 5 avril 2022 ; la Polynésie française ne répond pas sur ce point, il ne saurait dès lors lui être reproché un manque de diligence ;

- la pénalité correspondant au non-respect du jalon J5 n'est pas applicable à Interoute ; le jalon J5 correspond à la fin des essais de circulation et ne lui est pas opposable ; en réalité ce n'est pas un retard dans la réalisation des essais de circulation mais la mise à disposition du réseau secondaire à Cegelec que le ministère a pénalisé ; or le marché ne prévoit aucune date jalon pour la mise à disposition du réseau secondaire au titulaire du lot n° 3 ;

En ce qui concerne la demande indemnitaire :

- Interoute a supporté des surcoûts du fait des moyens non prévus au marché qu'elle a dû déployer pour parvenir au nettoyage total du réseau secondaire alors qu'elle n'était pas responsable de ce désordre, elle forme ici une demande indemnitaire correspondant à ces surcoûts pour un montant de 17 130 927 F CFP ; les moyens qu'elle a dus mettre en œuvre : l'hydrocurage des canalisations puis l'utilisation de racleur en mousse afin de nettoyer le sable fin restant dans la conduite n'étaient ni prévus par le CCTP, ni par le CCAP et constituent des surcoûts dont elle est fondée à solliciter le remboursement ;

- en conséquence de ce qui précède le décompte général doit être fixé à 388 706 665 F CFP.

Par des mémoires enregistrés les 13 juin et 28 juillet 2023 la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir qu'aucun des moyens soulevés n'est fondé.

La procédure a été communiquée le 15 décembre 2023 à Me Ancel, mandataire liquidateur de la société Interoute.

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. Boumendjel,
- les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteure publique,
- les observations de M. A représentant la Polynésie française.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis de marché public publié au journal officiel de la Polynésie française le 28 septembre 2018, la Polynésie française a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour la construction d'un système de production de frigories à partir d'un puisage océanique en eau profonde pour la climatisation du Centre hospitalier de la Polynésie française sur l'île de Tahiti. Ce marché comportait quatre lots distincts : la fourniture et la pose d'une conduite d'aspiration d'eau de mer froide à 900 mètres de profondeur jusqu'au local technique et une conduite d'évacuation allant du local technique au lagon (lot n° 1 ouvrage maritime), la réalisation du local technique en béton armé abritant les équipements du process du " Sea Water Air Conditioning " (SWAC) (lot n° 2 génie civil), la fourniture et la pose des équipements du process du SWAC dans le local technique, c'est-à-dire notamment les pompes d'eau de mer (pompes

primaires), les pompes d'eau douce (pompes secondaires) et les échangeurs thermiques entre les deux réseaux (lot n° 3 process), la fourniture et la mise en place des conduites du réseau secondaire en boucle fermée afin d'acheminer l'eau douce refroidie dans le local technique vers l'établissement hospitalier (lot n° 4 réseau secondaire). La société Interoute s'est vu confier, par contrat du 2 mai 2019, le lot n° 4 de ce marché et a réalisé une canalisation en PEHD sur 1,2 km en boucle fermée entre le local technique et le CHPF. Par courrier du 8 novembre 2021, la société Interoute a informé le maître d'ouvrage que les travaux de réalisation du réseau secondaire dont elle avait la charge avaient été achevés le 5 novembre 2021. Dans les suites de ce courrier, le maître d'œuvre a demandé à la société Cegelec, titulaire du lot n° 3 " process ", de mettre en fonctionnement les pompes secondaires afin de mettre en circulation l'eau douce se trouvant dans le réseau. Les essais réalisés le 17 novembre 2021 ont dû être arrêtés compte tenu de la présence de sable et de galettes de laitance. Le deuxième essai réalisé le 25 novembre 2021, après un deuxième nettoyage effectué par la société Interoute, s'est également révélé infructueux. Par ordre de service n° 27, le maître d'œuvre a mis en demeure la société Interoute de transmettre avant le 3 décembre 2021 une méthodologie et son planning afin de procéder au nettoyage de son réseau par circulation avec un débit minimum de 500 m³/h pour curer les conduites aller et retour. Le troisième nettoyage réalisé du 6 au 20 décembre 2021, qui a été réalisé avec un débit de 250 m³/h, n'a pas permis au maître d'œuvre de conclure à son efficacité sans un nouvel essai de circulation par Cegelec. Le troisième essai ainsi réalisé le 4 janvier 2022 a été arrêté après deux heures de circulation, le démontage des filtres retrouvant également des résidus. Par ordre de service n° 31, le maître d'œuvre a notifié à l'entreprise sa défaillance dans la mise à disposition du lot n° 4. Par décision n° 69 du 10 janvier 2022, la société Interoute a été mise en demeure de procéder au nettoyage de son réseau dans un délai de 15 jours, prorogé par la suite de 18 jours supplémentaires, soit jusqu'au 13 février 2022. La société Interoute a procédé à un nouvel hydrocurage de son réseau, qu'elle a complété par un nettoyage par racleurs en mousse, les inspections ayant en effet révélé la présence de sable et de galettes agglomérées sur les parois intérieures des canalisations qu'elle avait installées. L'objectif assigné par la mise en demeure a été considéré comme étant atteint et le SWAC a été mis en service le 8 juillet 2022. Par ordre de service du 18 août 2022, notifié le 22 août 2022, le décompte général du marché, qui était fixé à 287 355 956 F CFP, lui a été transmis. Par mémoire du 16 septembre 2022, elle a contesté les pénalités et les retenues d'un montant de 49 900 017 F CFP et de 34 319 765 F CFP qui lui ont été appliquées, et a demandé au maître d'ouvrage de fixer le décompte général au montant de 388 706 665 F CFP. Par la présente requête, la société Interoute demande au tribunal d'annuler la décision implicite par laquelle la Polynésie française a rejeté son recours et de fixer le total du décompte général à la somme précitée de 388 706 665 F CFP.

Sur le règlement financier du marché et la responsabilité de la société Interoute :

2. Il résulte de l'instruction que la Polynésie française a accepté, à la demande de la société Cegelec, d'assumer les coûts supplémentaires en lien avec la présence de résidus sableux dans le réseau secondaire. Estimant toutefois que ces frais supplémentaires étaient liés à des fautes commises par la société Interoute, qu'elle estimait responsable de l'impossibilité de mettre le réseau en service, elle a

décidé de répercuter sur le décompte général de cette entreprise les sommes dont elle a dû s'acquitter au titre des travaux supplémentaires réalisés par Cegelec et les surcoûts facturés par l'assistance à maîtrise d'ouvrage et par la maîtrise d'œuvre.

3. D'une part, aux termes de l'article 1.3.4 du CCTP : " Ce lot 4 concernera la fourniture et mise en place des conduites calorifugées du réseau secondaire, assurant le transport des eaux douces glacées entre le local technique et le CHPF. / Les conduites présenteront les caractéristiques suivantes : () ". Selon l'article 2.3. de ce CCTP : " Les limites des prestations avec les autres lots du projet sont représentées ci-dessous. () Lot n°03- Process Essai de circulation/ Nettoyage des conduits secondaires PEHD () ". L'article 2.4. de ce même CCTP stipule : " Tous les travaux définis dans le présent document ou portés sur les plans seront réputés livrés complètement achevés selon les normes et règlements en vigueur, en parfait état de fonctionnement et raccordés par l'entreprise à toutes leurs extrémités () l'entreprise devra obligatoirement dans le cadre de son marché : () durant toute la durée du chantier : () assurer la protection des ouvrages existants et la conservation des ouvrages exécutés jusqu'aux réceptions ".

4. D'autre part, aux termes de l'article 8.4.15.2 du CCAP : " Le titulaire maintient en permanence, en parfait état de propreté, tant les ouvrages en cours de construction que les abords et les installations du chantier et ce jusqu'à la fin des travaux ". Selon l'article 8.4.22 de ce CCAP : " le titulaire a, à sa charge, les baraquements et installations diverses nécessaires tant à l'exécution de ces travaux qu'à la protection de ses approvisionnements et matériels dans des conditions conformes aux spécifications des fabricants. ". Selon l'article 9.6.4 de ce même CCAP : " D'une façon générale, le titulaire s'engage à exécuter ses prestations dans le respect des règles de l'art et assume les risques et responsabilités découlant des lois, règlements et normes en vigueur. / A ce titre, le titulaire répond notamment des responsabilités et garanties juridiques édictées par les articles 1147 et suivants, 1382 et suivants, 1792, 1792-2, 1792-3, 1792-6 du Code civil et des risques mis à sa charge par l'article 1788 du même code ".

5. Il résulte de l'instruction que la présence de sable et de galettes de laitance dans le réseau secondaire dont la société requérante avait la charge est liée à l'effondrement d'une buse. Contrairement à ce que soutient la société Interoute, sa responsabilité n'est pas recherchée en raison de l'effondrement de cette buse mais, d'une part, au motif de la livraison d'un réseau impropre, en raison de son encrassement, à sa destination et, d'autre part, dans la persistance de cet encrassement du réseau du lot n° 3 lors des différents essais successivement réalisés. La Polynésie française fait à cet égard valoir qu'en dépit des demandes du CHPF de remblayer rapidement afin de permettre l'acheminement de groupes électrogènes, elle aurait dû s'assurer avant ce faire, soit par une inspection visuelle, soit par une inspection par caméra, alors que son réseau était encore accessible, de l'absence de gravats. En soutenant qu'elle a été diligente en calfeutrant ses canalisations et en procédant à la fermeture des vannes, la société requérante reconnaît implicitement mais nécessairement qu'elle avait conscience que des résidus avaient pu s'infiltrer dans son réseau. En outre, elle ne soutient ni d'ailleurs n'allègue avoir demandé à la Polynésie française de prendre en charge la vérification et la réparation définitive de la conduite calfeutrée alors qu'elle a obtenu la prise en charge de travaux supplémentaires liés à l'effondrement de ladite buse, notamment, le pompage des eaux et le terrassement. Par ailleurs, il

est constant que la société Interoute ne peut être regardée comme ayant satisfait à son obligation contractuelle de procéder au nettoyage des canalisations résultant de l'article 2.3 du CCTP cité au point précédent et de livrer un réseau conforme à son usage. Par suite, la Polynésie française, qui a notifié le 7 janvier 2022 à la société requérante sa défaillance dans la mise à disposition d'une tuyauterie propre, est fondée à soutenir que la société Interoute a manqué à son obligation de livrer le lot n°4 dont elle avait la charge dans des conditions permettant son exploitation.

6. Ainsi qu'il a été dit au point précédent, la responsabilité contractuelle de la société Interoute, qui a manqué à son obligation de livrer le lot n°4 dans un état compatible avec sa destination, est engagée. Si la société requérante soutient qu'elle ne peut être considérée comme étant responsable de l'encrassement et de l'endommagement des équipements dont Cegelec avait la charge, il doit être tenu pour établi que la mise en circulation de l'eau dans le réseau a eu pour effet de diffuser les résidus sableux et les galettes de laitance qui se trouvaient dans le réseau secondaire dont elle avait la charge, dans le réseau de la société Cegelec. Par suite, la Polynésie française est fondée à soutenir que l'encrassement et l'endommagement du réseau dont Cegelec avait la responsabilité est imputable à la société Interoute.

7. La société Interoute soutient que ses opérations de nettoyage ne peuvent être regardées comme étant fautives, ce qui n'est pas soutenu ni d'ailleurs allégué par la Polynésie française. Il résulte néanmoins de l'instruction, ainsi qu'il a été décrit au point 1, que ces opérations de nettoyage successives se sont révélées inopérantes. De plus, si la société requérante soutient que les filtres mis en place par la société Cegelec se sont révélés inefficaces, le système mis en place, qui ne devait acheminer que de l'eau douce, n'était pas conçu pour fonctionner avec des résidus sableux. Enfin, la société requérante, qui n'a pas procédé à la vérification de l'intégrité de son réseau après l'effondrement de la buse avant de remblayer ni après l'acheminement des groupes électrogènes alors qu'elle indique avoir calfeutré la canalisation endommagée, ne peut se prévaloir de la force majeure dès lors qu'elle doit être regardée comme étant à l'origine de la survenance du dommage survenu sur le réseau Cegelec. Il s'ensuit que la Polynésie française est fondée à soutenir que l'encrassement et l'endommagement du réseau dont Cegelec avait la charge est intégralement imputable à la société Interoute.

En ce qui concerne les retenues liées aux travaux supplémentaires réalisés par la société Cegelec :

8. Ainsi qu'il a été dit aux points 4 à 6, la société Interoute, qui a manqué à son obligation de réaliser les travaux dans les règles de l'art et mis à deux reprises à disposition du maître d'ouvrage un réseau encrassé, doit être tenue pour responsable de l'encrassement et de l'endommagement du lot dont Cegelec avait la charge. Dans ces conditions, alors que la responsabilité contractuelle de la société Interoute est engagée, la Polynésie française était fondée à opérer des retenues correspondant aux travaux nécessaires à la remise en état de ce réseau.

9. Il résulte de l'instruction que la Polynésie française a opéré les retenues suivantes au titre des travaux supplémentaires payés à la société Cegelec pour remettre en service son réseau : une inspection par passage caméra des canalisations secondaires de Cegelec à l'intérieur du local technique, les heures

d'intervention supplémentaires pour le nettoyage de ces installations et pour la réalisation d'essais complémentaires afin de s'assurer du fonctionnement des installations secondaires de Cegelec, la fourniture et la pose de trois tamis de filtres de mailles différentes (0,35 mm, 05 mm, 1,1 mm), l'intervention d'un technicien de l'entreprise Danfoss pour le nettoyage des échangeurs, la fourniture et l'acheminement de 2 500 joints pour les échangeurs, la fourniture et la pose de deux sondes de pression afin de mettre en place une alarme en cas d'encrassement des filtres, les dépenses liées aux consommations d'électricité et d'eau pour les essais complémentaires, la fourniture et la pose de deux pompes secondaires en remplacement de celles endommagées par la circulation de résidus.

S'agissant des sondes de pression

10. La société requérante conteste, en premier lieu, la nécessité de mettre en place deux sondes de pression. Il résulte de l'instruction que la société Cegelec a mis en place ces sondes afin que la présence de résidus sableux puisse être détectée par ses opérateurs avant que ceux-ci ne se diffusent dans son réseau. Dans ces conditions, alors que la pertinence d'une telle alarme n'est pas contestée, la société Interoute n'est pas fondée à soutenir que le montant de ces travaux ne pouvait lui être retenu.

S'agissant de la consommation d'eau

11. La société requérante soutient, en deuxième lieu, que la retenue liée à la consommation d'eau ne peut lui être facturée dès lors qu'elle a pris à sa charge, à compter du 8 décembre 2021, l'abonnement au service. Elle ne produit toutefois aucun élément de nature à établir qu'elle a effectivement pris en charge cette dépense pour le lot n° 3. Par suite, la Polynésie française est fondée à lui appliquer cette retenue.

S'agissant des joints d'étanchéité

12. La société Interoute soutient, en troisième lieu, que le surcoût lié à l'acheminement et à la fourniture de 1 500 joints ne peut lui être intégralement imputé dès lors que seulement 500 joints ont été utilisés. La Polynésie française ne conteste pas ce point, qui ressort de l'annexe " extrait de l'atterrissage au 15 juillet 2022 ". Eu égard, au coût global dédouanement compris de 4 487 843 HT de ces 1 500 joints et alors que la Polynésie française a pris en compte le rachat de ces joints par le CHPF à hauteur de 464 542 F CFP, la société Interoute est fondée à soutenir que la retenue appliquée de 2 527 353,33 F CFP HT, soit 2 855 909 F CFP TTC, est indue.

S'agissant des tamis

13. La société requérante conteste en cinquième lieu la fourniture et la pose de tamis de trois tailles, un de 1,1 mm de maille, un de 0,5 mm et un de 0.35 mm, et expose que le coût de ces tamis n'est pas justifié. Il résulte de l'instruction que le réseau de Cégelec ne comportait qu'un seul tamis de 3 mm de maille. Il résulte toutefois de l'instruction que la mise en place de ces trois tamis visait, compte tenu de l'encrassement exceptionnel du réseau, à assurer des filtrages successifs afin d'obtenir une eau exempte de tout résidu. Dans ces conditions, alors qu'ainsi qu'il a été dit la société Interoute est à l'origine de l'encrassement du réseau de Cegelec, la Polynésie française était fondée à retenir la somme de 321 513 F CFP HT correspondant au coût de ces tamis.

S'agissant des pompes secondaires

14. Si la société requérante soutient, en quatrième lieu, qu'elle n'a pas été informée de l'endommagement de deux pompes secondaires, il résulte de l'instruction, notamment du compte rendu d'intervention de la société Flowserve, que l'encrassement du réseau est à l'origine de l'endommagement de deux pompes secondaires. Dans ces conditions, alors que contrairement à ce que soutient la société requérante, la retenue réalisée par la Polynésie française ne porte que sur deux des trois pompes, c'est à raison qu'une retenue de 5 793 488 F C CFP HT a été effectuée.

S'agissant des autres surcoûts facturés par Cegelec

15. En cinquième lieu, la société requérante ne conteste pas les retenues opérées pour compenser les coûts liés aux inspections et aux nettoyages des installations secondaires ainsi que l'intervention d'un technicien de la société Danfoss. Par suite c'est à raison que la Polynésie française a imputé ces coûts à la société Interoute.

S'agissant des prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage et de maîtrise d'œuvre

16. En sixième lieu, il n'est pas sérieusement contesté par la société requérante que les prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage et de maîtrise d'œuvre, qui résultent de conventions transactionnelles, ont consisté à superviser les opérations de nettoyage des réseaux et équipement encrassés, à assurer le suivi des opérations d'inspection et de nettoyage et le suivi des essais complémentaires pour des montants respectifs de 3 025 440 F CFP TTC et 3 594 292 F CFP TTC justifiés, et qu'elles sont ainsi en lien avec l'encrassement du réseau installé par la société Cegelec. Par suite, c'est à raison que la Polynésie française a effectué une retenue à ces deux titres.

En ce qui concerne les travaux supplémentaires réalisés par Interoute :

17. Les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics.

18. Il est constant que la société Interoute a réalisé des travaux qui n'étaient pas prévus au marché. Elle a ainsi, notamment, réalisé à trois reprises un hydrocurage de son réseau puis un racleage de ses canalisations. Toutefois, ainsi qu'il a dit aux point 4 à 6, l'encrassement et l'endommagement de son réseau est imputable à ses négligences. Par suite, alors que le surcoût résultant de ces travaux n'est imputable ni à une faute du maître d'ouvrage ni à des sujétions imprévues, en refusant d'indemniser la société Interoute en raison des travaux supplémentaires qu'elle a réalisés pour assurer le nettoyage du réseau dont elle avait la charge, la Polynésie française n'a pas méconnu le principe rappelé au point précédent.

19. En conséquence de ce qui vient d'être exposé, le montant des retenues opérées au titre des prestations supplémentaires réalisées par la société Cégélec doit être fixé à 24 844 124 F CFP TTC et celles en lien avec les prestations de maîtrise d'œuvre et d'ouvrage à respectivement 3 025 440 F CFP

TTC et 3 594 292 F CFP TTC, soit un montant total de 31 463 856 F CFP TTC.

En ce qui concerne l'application des pénalités de retard :

20. D'une part, aux termes de l'article 3.2. pénalités et retenues du CCAG : " 1. En cas de retard dans l'exécution des prestations, qu'il s'agisse de l'ensemble du marché ou d'une tranche pour laquelle un délai d'exécution partiel ou une date limite a été fixée, il est appliqué, sauf, stipulation différente du CCAP, une pénalité journalière d'un trois-millième du montant de l'ensemble du marché ou de la tranche considérée. Ce montant est celui qui résulte des prévisions du marché, c'est-à-dire du marché initial éventuellement modifié ou complété par les avenants intervenus ; il est évalué à partir des prix de base définis au 1 de l'article 2.3.1. / 2. Les pénalités sont encourues du simple fait de la constatation du retard par la personne responsable du marché. () / Les dispositions des deux alinéas qui précèdent sont applicables aux pénalités éventuellement prévues par le CCAP pour le cas de retard dans la réalisation de certains ouvrages, parties d'ouvrages, ou ensembles de prestations, faisant l'objet de délais particuliers ou de dates limites fixées dans le marché ".

21. D'autre part, aux termes de l'article 4.2 du cahier des clauses administratives particulières : " L'entrepreneur intégrera dans son planning d'exécution les dates jalons décrites ci-dessous et spécifiées au planning indicatif transmis dans la consultation. Ces dates correspondent aux états intermédiaires d'avancement des études d'exécution et des travaux, et devront impérativement être respectées. Un cas de non-respect de ces dates jalons, les dépassements feront l'objet de pénalités décrites au chapitre 4.4.1. () L4-J5 : fin des essais de circulation ". Selon l'article 4.4 de ce même cahier : " les dispositions suivantes sont appliquées, en cas de retard dans l'exécution des travaux, comparativement au calendrier détaillé d'exécution élaboré et notifié comme précisé ci-avant. Les jours de pénalités sont calculés en jours calendaires et cumulés pour l'ensemble des retards partiels constatés. Les pénalités s'appliqueront 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 4.1 et 4.2. / En dérogation de l'article 20.4 du CCAG, le montant des pénalités n'a pas de seuil minimal d'application et n'est pas plafonné ". En application de l'article 4.4.1 relatif au retard sur une date clé une date jalon ou sur le délai d'exécution : " Le planning détaillé d'exécution définit les dates de démarrage de fin de chaque tâche, date de remise de documents ainsi que les principales dates jalons et dates clés dont la date et la définition exacte seront précisées lors du recalage du calendrier détaillé d'exécution des travaux, réalisée conjointement avec la maîtrise d'œuvre sur la base du planning détaillé remis dans l'offre. / Ce planning sera notifié par ordre de service au titulaire. / () Par dérogation à l'article 20.1 du CCAG, les pénalités par jour calendaire pour retard sont fixées de la façon suivante : 1/1000ème du montant de l'ensemble du marché, éventuellement augmenté du montant des avenants, avec un minimum de 20 000 F CFP ".

22. Par ailleurs, en application de l'article 5 de l'avenant 2 n° 131 du 10 janvier 2022 : " () En adéquation avec les modifications de la durée d'exécution du marché par les OS listés ci-avant, la date jalon L4-J5 (fin des essais de circulation), définie à l'article 4.2 du CCTP du marché et correspondante à la date de fin de la tâche 71 du planning d'exécution présenté en annexe n°1 de l'avenant 1 n° 7106 du 27 octobre 2020, est modifiée et portée au 17 décembre 2021. ".

23. Il résulte de l'instruction que la Polynésie française a mis en œuvre les pénalités contractuelles prévues au CCAP et au CCAG en raison du non-respect, par la société Interoute de la date jalon L4 J5 qui correspond à la fin de la tâche 71. L'annexe 1 à l'avenant n° 1 du marché public n° 2883 du 2 mai 2019 précise que c'est, au plus tard, à cette date que les essais pression et circulation seront réalisés. Il résulte toutefois de l'instruction que cette tâche n'était pas par elle-même dévolue à la société Interoute mais à la société Cegelec. Par suite, alors même que la réalisation de cette opération était conditionnée à la remise du réseau secondaire par la société Interoute, la Polynésie française ne pouvait pas lui appliquer des pénalités de retard pour ne pas avoir respecté cette date jalon. Il suit de là que la société Interoute est fondée à demander l'annulation des pénalités de retard d'un montant de 49 900 017 F CFP, qui lui ont été appliquées.

24. Il résulte de tout ce qui précède que la société Interoute est fondée à demander que les retenues soient fixées à 31 463 856 F CFP TTC et l'annulation des pénalités de retard d'un montant de 49 900 017 F CFP. Il s'ensuit que le décompte général du marché doit être fixé à la somme de 340 111 882 F CFP TTC.

Sur les autres conclusions :

25. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge de la Polynésie française une somme de 150 000 F CFP au titre des frais exposés par la société Interoute et non compris dans les dépens.

D E C I D E :

Article 1er : Le décompte général du marché est arrêté à la somme de 340 111 882 F CFP TTC.

Article 2 : La Polynésie française versera à la société Interoute une somme de 150 000 F CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à la société Interoute, à Me Ancel et à la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 16 janvier 2024, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président,

M. Graboy-Grobesco, premier conseiller,

M. Boumendjel, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 30 janvier 2024.

Le rapporteur,

M. Boumendjel

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,