

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE**

N°1900095

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**SAS MATERIAUX DE CONSTRUCTION
MODERNE**

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Theulier de Saint-Germain
Rapporteur

Le tribunal administratif
de la Polynésie française

M. Retterer
Rapporteur public

Audience du 3 décembre 2019
Lecture du 4 décembre 2019

39-02-02-05

C

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 19 mars 2019, et des mémoires enregistrés les 16 août et 27 novembre 2019, la SAS Matériaux de Construction Moderne, représentée par Me Bourion, demande au tribunal :

1°) de condamner solidairement la Polynésie française et Tahiti Nui Aménagement et Développement, venant aux droits de l'Etablissement public des grands travaux, à lui verser la somme de 137 617 995 F CFP en réparation du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière du lot n°12.2 du marché de construction du centre hospitalier de la Polynésie française sur le site du Taaone, somme assortie des intérêts de droit et de la capitalisation des intérêts ;

2°) de mettre à la charge de la Polynésie française et de Tahiti Nui Aménagement et Développement une somme de 500 000 F CFP au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la créance n'est pas prescrite ; il n'est pas démontré à quelle date elle a été informée de la signature du marché ; en tout état de cause, le point de départ du délai de la prescription est fixé au moment où la victime a eu connaissance de l'existence de son dommage ;

- la procédure de passation du marché négocié du lot n°12.2 conclu avec la société tahitienne de construction a été irrégulière ; il a été demandé à la seule société tahitienne de construction la production d'une nouvelle offre dans le cadre de la négociation ;

- sans les irrégularités ainsi commises, elle aurait remporté le marché ; elle faisait partie d'un nombre restreint de candidats dont l'offre a été admise et était moins-disante que les entreprises concurrentes ;

- elle doit être indemnisée de son manque à gagner.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 24 juillet, 7, 18 et 29 novembre 2019, l'Etablissement public Tahiti Nui Aménagement et Développement et la Polynésie française, représentés par Me Eftimie-Spitz, concluent au rejet de la requête et à la condamnation de la société requérante à leur verser chacun la somme de 500.000 F CFP.

Ils soutiennent que la requête est irrecevable, que la créance est prescrite et qu'aucun des moyens de la requête n'est fondé.

Les parties ont été informées, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, de ce que le jugement était susceptible d'être fondé sur un moyen relevé d'office, tiré de ce que les conclusions formées à l'encontre de Tahiti Nui aménagement et développement, venant aux droits de l'Etablissement public des grands travaux qui agissait alors en qualité de maître d'ouvrage délégué, sont mal dirigées, l'action en responsabilité formée par la SAS MCM mettant en cause la seule responsabilité du maître d'ouvrage.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- 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 Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteur,
- les conclusions de M. Retterer, rapporteur public,
- et les observations de Me Bourion, représentant la SAS MCM.

Considérant ce qui suit :

1. La SAS Matériaux de Construction Moderne (SAS MCM) demande la condamnation solidaire de la Polynésie française et de Tahiti Nui aménagement et développement, venant aux droits de l'établissement public des grands travaux, à lui verser la somme de 137 617 995 F CFP en réparation du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière du lot n°12.2, « revêtements de sols souples », du marché de construction du nouveau centre hospitalier de la Polynésie française sur le site du Taaone, confié à la société tahitienne de construction le 18 avril 2006.

Sur les fins de non-recevoir opposées par la Polynésie française et Tahiti Nui aménagement et développement :

2. En premier lieu, l'absence de saisine du tribunal dans les 2 mois suivant l'attribution du marché est sans incidence sur la recevabilité du présent recours indemnitaire.

3. En deuxième lieu, le silence gardé par l'administration sur la demande d'indemnisation formée par la SAS MCM par courrier du 30 novembre 2018 ne peut être regardé comme présentant un caractère confirmatif, aucune autre décision de l'administration n'étant intervenue antérieurement.

4. En troisième lieu, il résulte du principe de sécurité juridique que le destinataire d'une décision administrative individuelle qui a reçu notification de cette décision ou en a eu

connaissance dans des conditions telles que le délai de recours contentieux ne lui est pas opposable doit, s'il entend obtenir l'annulation ou la réformation de cette décision, saisir le juge dans un délai raisonnable, qui ne saurait, en règle générale et sauf circonstances particulières, excéder un an.

5. Toutefois, cette règle ne trouve pas à s'appliquer aux recours tendant à la mise en jeu de la responsabilité d'une personne publique qui, s'ils doivent être précédés d'une réclamation auprès de l'administration, ne tendent pas à l'annulation ou à la réformation de la décision rejetant tout ou partie de cette réclamation mais à la condamnation de la personne publique à réparer les préjudices qui lui sont imputés. La prise en compte de la sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause indéfiniment des situations consolidées par l'effet du temps, est alors assurée par les règles de prescription prévues par la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968. Par suite, la Polynésie française et Tahiti Nui aménagement et développement ne peuvent utilement invoquer le fait que le tribunal serait saisi plus d'un an après le fait générateur.

Sur les conclusions indemnitaires dirigées contre Tahiti Nui aménagement et développement :

6. Par arrêté du 9 juillet 2003, la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée entre la Polynésie française et l'Etablissement public des grands travaux relative à la construction du nouvel hôpital a été approuvée. En application de ladite convention, signée le 18 juillet 2003, le choix des entrepreneurs est effectué au nom et pour le compte du maître de l'ouvrage.

7. L'action en réparation du préjudice que la SAS MCM soutient avoir subi se fonde sur les modalités de passation du lot n°12.2 du marché de construction du nouveau centre hospitalier de la Polynésie française sur le site du Taaone et met ainsi en cause la seule responsabilité du maître d'ouvrage. Les conclusions formées à l'encontre de Tahiti Nui aménagement et développement, venant aux droits de l'établissement public des grands travaux qui agissait alors en qualité de maître d'ouvrage délégué, sont mal dirigées et ne peuvent dès lors qu'être rejetées.

Sur les conclusions indemnitaires dirigées contre la Polynésie française :

En ce qui concerne l'exception de prescription quadriennale opposée par la Polynésie française :

8. Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics, applicable en Polynésie française : « *Sont prescrites, au profit de l'Etat, des départements et des communes, sans préjudice des déchéances particulières édictées par la loi et sous réserve des dispositions de la présente loi, toutes créances qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis. Sont prescrites, dans le même délai et sous la même réserve, les créances sur les établissements publics dotés d'un comptable public* ». Aux termes de l'article 2 de cette loi : « *La prescription est interrompue par : (...) Tout recours formé devant une juridiction, relatif au fait générateur, à l'existence, au montant ou au paiement de la créance, quel que soit l'auteur du recours et même si la juridiction saisie est incompétente pour en connaître, et si l'administration qui aura finalement la charge du règlement n'est pas partie à l'instance (...)* ». Aux termes de l'article 3 de cette loi : « *La prescription ne court ni contre le créancier qui ne peut agir, soit par lui-même ou par l'intermédiaire de son représentant légal, soit pour une cause de force majeure, ni contre celui qui peut être légitimement regardé comme ignorant l'existence de sa créance ou de la*

créance de celui qu'il représente légalement ».

9. Lorsqu'est demandée l'indemnisation du préjudice résultant de l'illégalité d'une décision administrative, le fait générateur de la créance doit être rattaché non à l'exercice au cours duquel la décision a été prise mais à celui au cours duquel elle a été valablement notifiée à son destinataire ou portée à la connaissance du tiers qui se prévaut de cette illégalité.

10. Si la créance dont se prévaut la SAS MCM trouve sa source dans la décision attribuant le lot n°12.2 du marché de construction du nouveau centre hospitalier de la Polynésie française à la société tahitienne de construction, la Polynésie française ne justifie toutefois pas de la date à laquelle cette décision a été portée à la connaissance des tiers, ni en tout état de cause de la date à laquelle la décision de rejet de l'offre a été notifiée à la SAS MCM, faisant obstacle à ce que le délai de prescription quadriennale ait commencé à courir à l'égard de la SAS MCM. Par suite, la créance de la SAS MCM n'était pas, à la date de sa demande préalable indemnisation, atteinte par la prescription quadriennale.

En ce qui concerne le droit à indemnisation de la SAS MCM :

11. L'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public qui a été irrégulièrement évincée de ce marché qu'elle avait des chances sérieuses d'emporter a droit à être indemnisée de son manque à gagner.

12. Dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur détermine librement les modalités de discussion des offres. Il est seulement tenu d'engager la négociation avec l'ensemble des candidats, dans le respect du principe d'égalité de traitement.

13. Quatre consultations ont été menées avant d'attribuer le lot 12.2 « revêtements de sols souples ». A la suite de deux appels d'offres infructueux lancés en avril et septembre 2004, le maître d'ouvrage délégué a mené, en avril et décembre 2005, deux procédures négociées avec mise en concurrence, sur le fondement de l'article 31 du code polynésien des marchés publics alors applicable. Si la première procédure négociée a également été déclarée infructueuse, la seconde a conduit à l'attribution du marché à la société tahitienne de construction. Il ressort du procès-verbal d'ouverture des plis en date du 30 décembre 2005, qu'alors qu'il avait été décidé, à la suite de la première procédure négociée déclarée infructueuse, de « *reconsulter quatre entreprises ayant soit retiré un dossier soit soumissionné lors des deux premières consultations, toujours dans le cadre d'un marché négocié suite à infructueux* », le maître d'ouvrage délégué a consulté une cinquième entreprise, la société tahitienne de construction, qui n'a ni retiré un dossier ni soumissionné lors des précédentes consultations. Outre cette méconnaissance des règles que la personne publique s'était elle-même fixée, il résulte de l'instruction, et en particulier des courriers de la société tahitienne de construction en date du 1^{er} mars 2006 et du 31 mai 2007, qu'une négociation a été menée auprès de cette dernière afin qu'elle diminue de 12 000 000 F CFP le montant du prix proposé, montant légèrement supérieur à l'écart de prix avec l'offre de la SAS MCM, moins-disante de 11 839 792 F CFP à l'issue de l'ouverture des offres. Aucune négociation sur le montant de l'offre n'ayant été menée auprès des deux autres candidats dont l'offre a été admise, à savoir la SARL Lyon Moquette et la SAS MCM, cette dernière est fondée à soutenir que la négociation ayant conduit à l'attribution du lot 12.2 à la société tahitienne de construction a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats et s'est, ainsi, déroulée dans des conditions irrégulières.

14. Ainsi qu'il a été indiqué au point précédent, trois candidats ont présenté une offre admise dans le cadre de la dernière procédure négociée. Il résulte du tableau établi par la

commission de dépouillement des offres que l'offre de la SAS MCM était complète, contrairement à l'offre de la société tahitienne de construction, et était moins-disante de 11 839 792 F CFP par rapport à l'offre de cette dernière, montant au demeurant inférieur à l'estimation du maître d'œuvre, la société Lyon Moquette étant quant à elle placée en 3^{ème} position. Par suite, la requérante avait une chance sérieuse d'emporter le marché litigieux. Ainsi, la SAS MCM a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner en résultant pour elle, incluant nécessairement, en l'absence de stipulations contraires du contrat, les frais de présentation de l'offre intégrés dans ses charges. Ce manque à gagner doit être déterminé non en fonction du taux de marge brute constaté dans son activité mais en fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le marché si elle l'avait obtenu.

15. Il résulte de l'instruction, et en particulier des données comptables produites par la SAS MCM, que, pour les années 2006 à 2010, qui correspondent à la période de réalisation des travaux en cause, la moyenne de la marge bénéficiaire de la SAS MCM, déterminée à partir du ratio entre le résultat courant avant impôts et le chiffre d'affaires, s'établit à 4,02 %. L'offre de la SAS MCM s'élevait à 428 623 009 F CFP HT. En rapportant au montant du marché le taux de 4,02 %, le manque à gagner de la SAS MCM s'élève pour le marché litigieux à la somme de 17 231 147 F CFP.

16. Il résulte de ce qui précède que la Polynésie française doit être condamnée à verser à la SAS MCM une somme de 17 231 147 F CFP en réparation du préjudice causé par son éviction irrégulière du marché.

Sur les intérêts et la capitalisation des intérêts :

17. La SAS MCM a droit aux intérêts au taux légal correspondant à l'indemnité de 17 231 147 F CFP à compter du 7 décembre 2018, date de réception de sa demande par la Polynésie française.

18. La capitalisation des intérêts a été demandée le 19 mars 2019. A la date du présent jugement, il n'était pas dû une année d'intérêts. Dès lors, conformément aux dispositions de l'article 1343-2 du code civil, il y a lieu de rejeter cette demande.

Sur les conclusions présentées au titre des frais du litige :

19. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la SAS MCM, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, la somme demandée par la Polynésie française, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. En revanche il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la Polynésie française une somme de 150 000 F CFP à verser à la SAS MCM, au même titre.

20. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions de Tahiti Nui aménagement et développement présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1^{er} : La Polynésie française est condamnée à verser à la SAS Matériaux de Construction Moderne la somme de 17 231 147 F CFP, avec intérêts au taux légal à compter du 7 décembre 2018.

Article 2 : La Polynésie française versera à la SAS Matériaux de Construction Moderne une somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la SAS Matériaux de Construction Moderne, à Tahiti Nui aménagement et développement et à la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 3 décembre 2019, à laquelle siégeaient :

M. Tallec, président,

M. Katz, premier conseiller,

Mme Theulier de Saint-Germain, première conseillère.

Lu en audience publique le 4 décembre 2019.

Le rapporteur,

Le président,

E. Theulier de Saint-Germain

J-Y. Tallec

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,