

CAA de NANCY

N° 14NC01618

Inédit au recueil Lebon

4ème chambre - formation à 3

M. MARINO, président

M. Alexis MICHEL, rapporteur

M. LAUBRIAT, rapporteur public

SELARL ALTANA, avocat(s)

lecture du mardi 19 avril 2016

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Demathieu et Bard a demandé au tribunal administratif de Besançon, d'une part, de condamner le centre hospitalier régional universitaire de Besançon à lui verser la somme totale de 10 663 055,86 euros hors taxes, augmentée de la taxe sur la valeur ajoutée en vigueur et des intérêts moratoires à compter de l'enregistrement de sa demande avec capitalisation des intérêts, et, d'autre part, de la décharger des pénalités évaluées à la somme de 3 597 447,92 euros au 20 juillet 2012.

Par un jugement n° 1201770 du 19 juin 2014, rectifié par une ordonnance du 2 juillet 2014, le tribunal administratif de Besançon a rejeté sa demande.

Procédure devant la cour :

Par une requête et des mémoires, enregistrés le 11 août 2014, le 24 novembre 2014, le 25 mars 2015, le 28 avril 2015, le 3 juin 2015 et le 30 juin 2015, la société Demathieu Bard Construction, venant aux droits de la société Demathieu et Bard, représentée par Me A...et Me C... de la SELARL Altana, demande à la cour :

1°) d'annuler ce jugement du 19 juin 2014, rectifié par une ordonnance du 2 juillet 2014 ;

2°) de condamner le centre hospitalier régional universitaire de Besançon à lui verser la somme de 10 663 055,86 euros hors taxe, augmentée de la taxe sur la valeur ajoutée en vigueur et des intérêts moratoires à compter du 28 décembre 2012, date d'enregistrement de sa demande de première instance, et capitalisation desdits intérêts à compter de l'enregistrement de sa requête ;

3°) de la décharger des pénalités mises à sa charge pour la somme à parfaire de 3 597 447,92 euros au 20 juillet 2012 ;

4°) de rejeter les demandes du centre hospitalier régional universitaire de Besançon ;

5°) de condamner le centre hospitalier régional universitaire de Besançon à la somme de 35 euros exposée en première instance au titre de la contribution pour l'aide juridique ;

6°) de mettre à la charge du centre hospitalier régional universitaire de Besançon la somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la décision du 28 juin 2012 est une mesure de résiliation partielle du marché dès lors qu'elle n'a plus, depuis cette décision, aucune mission concrète se rapportant à la construction de l'ouvrage et que les mesures prescrites par le maître de l'ouvrage impliquent son absence totale du chantier ;

- cette décision est intervenue au terme d'une procédure irrégulière et irréaliste dès lors que le maître de l'ouvrage n'a pas validé la nouvelle solution technique qu'elle a proposée, que cette procédure portait sur une solution que plus personne ne souhaitait mettre en oeuvre, que la finalisation des études de la nouvelle solution n'était pas achevée et qu'aucun délai supplémentaire ne lui a été accordé alors que les tâches visées par la mise en demeure ne pouvaient être réalisées dans le délai imparti ;

- la mise en demeure a été établie sur un fondement qui n'était pas valable dès lors qu'elle fait référence à un calendrier prévisionnel qui n'a pas fait l'objet d'un accord entre les parties ;

- il n'y a pas eu d'arrêt des travaux dès lors que la société ne pouvait entreprendre ceux

relatifs aux fondations à la suite de la découverte de l'aléa géotechnique sans l'accord du maître de l'ouvrage ainsi qu'il résulte des stipulations de l'article 30 du cahier des clauses administratives (CCA) du marché et qu'elle est toujours restée présente et active sur le chantier ;

- les stipulations de l'article 51.1 du CCA du marché qui dispense de requérir l'accord du maître de l'ouvrage ne sont pas applicables dès lors que la solution de fondations qu'elle a proposée est d'une conception différente et non pas d'un niveau de performance supérieur à celle initialement prévue ; qu'en outre, la nouvelle solution de fondations avait une incidence sur le programme fonctionnel et technique ;

- le fait que la masse des travaux n'ait pas encore été atteinte ne peut utilement lui être opposé dès lors que la nouvelle solution technique n'a jamais été validée par le maître de l'ouvrage ;

- la résiliation partielle du marché est également injustifiée en raison des fautes commises par le maître de l'ouvrage lors de la conclusion du contrat ; qu'à cet égard, le maître de l'ouvrage a procédé à une rétention d'information sur l'état du sous-sol, n'a pas réalisé une étude géotechnique d'avant projet G 12, a fourni une étude géotechnique préliminaire G 11 insuffisante et n'a communiqué que partiellement les sondages du chantier ;

- le maître de l'ouvrage a commis une faute en refusant une solution amiable ;

- le maître de l'ouvrage a commis une faute en refusant de reconnaître le caractère de sujétions techniques imprévues aux difficultés rencontrées lors du chantier qui ont conduit à un bouleversement économique du marché ;

- le maître de l'ouvrage a commis une faute en refusant de valider les solutions proposées ;

- le retard du maître de l'ouvrage dans les décisions nécessaires à la poursuite du chantier a engendré des retards dans la finalisation des plans et des pièces écrites au dossier de consultation des entreprises et donc sur la poursuite du chantier ;

- elle peut dès lors prétendre à l'indemnisation de l'immobilisation du chantier à la suite de la découverte de l'anomalie du sous-sol comprenant les dépenses d'encadrement, de main d'oeuvre, de matériel, de frais de chantier et de sous-traitants pour la somme de 831 913,23 euros hors taxes (HT) ;

- la résiliation partielle du marché lui a causé un préjudice global de 9 831 124,63 euros HT, comprenant les frais fixes pour la somme de 1 597 578,83 euros, les travaux supplémentaires réalisés et non payés pour la somme de 729 002 euros HT, les incidences financières liées à révision des prix à hauteur de 225 806,49 euros HT, les intérêts moratoires pour la somme de 1 330,66 euros HT, le préjudice de perte de chiffre d'affaires pour la somme de 3 117 145,39 euros HT, le préjudice de perte de résultat pour la somme de 2 011 061,54 euros HT, le préjudice consécutif à la fermeture de l'agence Franche-Comté à hauteur de la somme de 117 380 euros HT, le préjudice de perte d'image pour la somme de 1 000 000 euros HT et la rémunération des avances en fonds propres pour la somme de 1 031 837,72 euros HT ;

- les pénalités de retard réclamées par le maître de l'ouvrage et notamment celles correspondant aux ordres de service n°12 et n°13, soit la somme totale de 3 597 447, 92

euros, à parfaire, sont injustifiées ;

- elle est recevable à saisir le juge du contrat des conséquences financières d'une résiliation injustifiée du marché ;

- à défaut de résiliation, elle est également recevable à solliciter l'indemnisation des conséquences liées à une mesure coercitive injustifiée ;

- elle a présenté un mémoire en réclamation en date du 1er octobre 2012 relatif aux incidences de la résiliation fautive du marché, qui a été rejeté par le maître de l'ouvrage le 22 novembre 2012 ; que sa demande à ce titre est recevable en application des stipulations de l'article 50.2.2 du CCA du marché dès lors qu'aucune nouvelle réclamation n'est exigée pour saisir le juge du contrat dans un différend entre le maître de l'ouvrage et le mandataire du groupement ;

- sa demande au titre des pénalités de retard est recevable dès lors que par un courrier du 1er août 2012, elle en a contesté le principe et le montant, auquel le maître de l'ouvrage n'a apporté aucune réponse ;

- son mémoire en réclamation du 23 mars 2012 a été rejeté par le maître de l'ouvrage le 30 mars 2012 et en application des stipulations de l'article 50.2.2 du CCA du marché aucune nouvelle réclamation n'est exigée pour saisir le juge du contrat dans un différend entre le maître de l'ouvrage et le mandataire du groupement ; en tout état de cause, le maître de l'ouvrage a répondu à sa réclamation sans soulever une irrecevabilité qu'il ne peut plus désormais invoquer en raison du principe de la loyauté des relations contractuelles ;

- les demandes reconventionnelles du maître de l'ouvrage sont irrecevables en l'absence d'établissement du décompte général définitif du marché du groupement qui lui a été substitué ;

- à titre subsidiaire, en cas d'absence de résiliation, le maître de l'ouvrage a commis une faute pour l'ensemble des raisons précédemment exposées et plus particulièrement en prononçant une mise en exécution du contrat aux frais et risques alors qu'elle n'a commis aucune faute dans l'exécution du contrat ; qu'à cet égard, elle a proposé une solution constructive alternative à la suite de la découverte de l'anomalie géologique qui était imprévisible et bouleversant les conditions d'exécution du contrat ; le maître de l'ouvrage a refusé de valider les modifications qu'elle a proposées et a ainsi bloqué le chantier ; il est intervenu très tardivement sur d'autres éléments dont la validation était nécessaire à la poursuite du chantier, entraînant des retards importants et il a refusé toute tentative de conciliation.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 15 octobre 2014, le 18 février 2015, le 24 avril 2015, le 19 mai 2015 et le 30 juin 2015, le centre hospitalier régional universitaire de Besançon, représenté par MeB..., demande à la cour :

1°) à titre principal, de rejeter la requête présentée par la société Demathieu Bard Construction ;

2°) à titre subsidiaire, d'établir le décompte en prenant en compte la condamnation de la société Demathieu Bard Construction au paiement de la somme de 4 272 800 euros hors taxe au titre des pénalités de retard dans la remise de documents, de la somme de 2 142 579, 60 euros hors taxe au titre des pénalités de retard dans la réalisation des travaux, de la somme de 26 100 euros au titre des pénalités de retard pour la livraison du local témoin, les deux premières sommes devant être assorties des intérêts au taux légal augmenté de deux points eux-mêmes capitalisés à compter du 16 juillet 2012, ainsi que de la somme de 730 064, 38 euros au titre de l'avance forfaitaire ;

3°) de mettre à la charge de la société Demathieu Bard Construction la somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient :

A titre principal, que :

- la décision d'exécution aux frais et risques n'est pas une mesure de résiliation du marché ;
- la mise en demeure qui a précédé cette décision est régulière et le délai pour réaliser les travaux selon le planning contractuel n'était pas irréaliste ;
- la société a eu la possibilité de suivre l'exécution aux frais et risques ;
- la décision est bien fondée en raison de l'arrêt du chantier par le groupement et de son refus de poursuivre l'exécution du marché en dépit d'un ordre de service qui justifiait à lui seul la mesure, et de ce que le groupement n'a pas transmis les dossiers marchés des entreprises sous-traitantes ainsi que les études de synthèse ;
- le refus d'une médiation judiciaire ne constitue pas en lui-même une faute du maître de l'ouvrage ;
- le maître de l'ouvrage n'avait pas à valider le changement de mode constructif proposé par la société ;
- le chevauchement des phases 7 et 10 expliquait que la société au moment de la " découverte " de la doline avait encore toute latitude pour conduire ses études d'exécution selon le procédé qu'elle avait la charge de concevoir ;
- la découverte du réseau d'eau chaude n'a aucune incidence sur la régularité de la mise en demeure et la décision d'exécution aux frais et risques ;
- le groupement a retardé le chiffrage des écarts entre l'avant-projet sommaire (APS) et l'avant-projet définitif (APD) ainsi que ceux entre l'APS et les études de projet (PRO) ;
- la " découverte " de la doline ne caractérise pas une sujétion technique imprévue ;

- le décompte général du marché de conception réalisation ne sera établi que lorsque le décompte général du marché du groupement Verazzi - Campenon Bernard Franche Comté aura été établi en application des stipulations de l'article 49.4 du CCA du marché ;

A titre subsidiaire, si la décision d'exécution aux frais et risques était irrégulière ou mal fondée, que :

- la demande du groupement relative aux " incidences profondes " présentée par une réclamation du 23 mars 2012 liées à la découverte d'une sujétion technique imprévue, aux études complémentaires, à l'indemnisation du préjudice relatif à l'allongement du délai sont tardives en application des stipulations de l'article 50 du CCA du marché du fait de la production d'un mémoire complémentaire avant le rejet de la première réclamation ; le courrier du 19 juin 2012 n'est pas un mémoire en réclamation ;

- les demandes relatives aux ordres de service n° 5 et 6 sont irrecevables pour le même motif ;

- la demande relative à l'ordre de service n°7 est irrecevable dès lors que le groupement n'a pas respecté les stipulations de l'article 50 du CCA du marché s'agissant d'un différend entre la société et l'assistant technique au maître de l'ouvrage ;

- la demande relative à l'exécution aux frais et risques est irrecevable en application des stipulations de l'article 50 du CCA du marché en l'absence de production d'un mémoire complémentaire ;

- la société ne peut demander l'indemnisation relative à l'immobilisation du chantier en l'absence de constatations contradictoires prévues à l'article 12 du CCA du marché ;

- les postes de préjudices de la société ne sont pas justifiés ;

- il est bien fondé à demander le paiement des pénalités pour non remise de documents, retard de livraison ainsi que le remboursement de l'avance forfaitaire.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu

- le code 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. Michel, premier conseiller,
- les conclusions de M. Laubriat, rapporteur public,
- et les observations de Me C...pour la société Demathieu Bard Construction, ainsi que celles de Me B...pour le centre hospitalier régional universitaire de Besançon ;

Une note en délibéré présentée pour la société Demathieu Bard Construction a été enregistrée le 4 avril 2016.

Une note en délibéré présentée pour le centre hospitalier régional universitaire a été enregistrée le 8 avril 2016.

1. Considérant que le centre hospitalier régional universitaire (CHRU) de Besançon a lancé en 2009 un marché de conception réalisation relatif à la construction sur le site de l'hôpital Jean Minjoz d'un nouveau bâtiment regroupant l'institut régional fédératif du cancer (IRFC) et les onze laboratoires de l'établissement ; que le marché a été conclu le 4 janvier 2011 avec un groupement d'entreprises composé de la société Demathieu et Bard, mandataire du groupement, et des sociétés AIA Architectes Ingénieurs Associés, AIA Architectes, AIA Ingénierie et Philippe Donze, pour un prix global et forfaitaire de 39 677 411,72 euros hors taxe (HT) ; que la phase de conception du marché a débuté le 7 janvier 2011 pour s'achever le 16 novembre 2011, date à laquelle a commencé la phase de réalisation, comprenant les phases 7 " études d'exécution, de synthèse et de gestion de la cellule de synthèse ", 8 " suivi de la qualité architecturale et technique, direction de l'exécution des travaux assurée par les concepteurs ", 9 " ordonnancement, pilotage et coordination des études et des travaux ", 10 " réalisation des travaux " et 11 " essais, opérations préalables à la réception, établissement du dossier des ouvrages exécutés, mise à jour finale des fiches interfaces équipement bâtiment " ; qu'à la suite d'un différend entre les parties tenant à l'appréciation d'une anomalie du sous-sol, la société Demathieu et Bard a saisi le tribunal administratif de Besançon d'une demande tendant à la condamnation du centre hospitalier régional universitaire de Besançon à lui verser la somme totale de 10 663 055,86 euros hors taxes au titre des sommes dues en exécution du marché et des préjudices qu'elle estimait avoir subis en raison de la décision du 28 juin 2012 de mise aux frais et risques d'une partie du marché ainsi que de la décharger des pénalités pour un montant de 3 597 447,92 euros ; que la société Demathieu Bard Construction, venant aux droits de la société Demathieu et Bard, relève appel du jugement du 19 juin 2014, rectifié par une ordonnance du 2 juillet 2014, par lequel le tribunal a rejeté sa demande ;

Sur la demande relative à la résiliation du marché du 28 juin 2012 :

2. Considérant qu'aux termes de l'article 49.1 du cahier des clauses administratives (CCA) applicable au marché : " A l'exception des cas prévus aux articles 15.2.2 et 46.6, lorsque le mandataire du groupement ne se conforme pas aux dispositions du marché ou aux ordres de service, le maître de l'ouvrage le met en demeure d'y satisfaire, dans un délai déterminé, par une décision qui lui est notifiée par écrit. / Ce délai, sauf en cas d'urgence, n'est pas inférieur à quinze jours à compter de la date de notification de la mise en demeure " ; qu'aux termes de l'article 49.2 de ce même document : " Si le mandataire du groupement n'a pas déféré à la mise en demeure, une exécution à ses frais et risques peut être ordonnée ou la résiliation du marché peut être décidée " ; que l'article 49.3 du

CCA du marché stipule que l'exécution aux frais et risques peut n'être que partielle et qu'après l'expiration d'un délai d'un mois suivant la notification de la décision d'exécution aux frais et risques, la résiliation du marché peut être décidée ; qu'aux termes de l'article 49.4 du même document : " La résiliation du marché décidée en application des articles 49.2 ou 49.3 peut être, soit simple, soit aux frais et risques du mandataire du groupement. / Dans les deux cas, les mesures prises en application de l'article 46.3 sont à sa charge. / En cas de résiliation aux frais et risques du mandataire du groupement, il est passé un marché avec un autre entrepreneur pour l'achèvement des travaux. Ce marché est conclu après appel d'offres avec publicité préalable (...). Par exception aux dispositions de l'article 13.4.2, le décompte général du marché résilié ne sera notifié au groupement qu'après règlement définitif du nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux " ; que l'article 49.5 de ce document prévoit que : " Le mandataire du groupement, dont une partie des travaux est exécutée aux frais et risques, est autorisé à en suivre l'exécution sans pouvoir entraver les ordres de l'ATMO et de ses représentants. / Il en est de même en cas de nouveau marché passé à ses frais et risques " ; qu'aux termes de l'article 49.6 du CCA du marché : " Les excédents de dépenses qui résultent de la régie ou du nouveau marché sont à la charge du mandataire du groupement. Ils sont prélevés sur les sommes qui peuvent lui être dues ou, à défaut, sur ses sûretés éventuelles, sans préjudice des droits à exercer contre lui en cas d'insuffisance. / Dans le cas d'une diminution des dépenses, le mandataire du groupement ne peut en bénéficier même partiellement " ;

3. Considérant que le cocontractant de l'administration dont le marché a été résilié à ses frais et risques ne peut obtenir le décompte général de ce marché, en vue du règlement des sommes dues au titre des travaux exécutés, qu'après règlement définitif du nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux ; que les conclusions présentées au juge du contrat en vue d'obtenir le règlement des sommes contractuellement dues avant le règlement définitif du nouveau marché sont ainsi irrecevables ; que ces dispositions, applicables lorsque le marché a été régulièrement résilié, ne font cependant pas obstacle à ce que, sous réserve que le contentieux soit lié, le cocontractant dont le marché a été résilié à ses frais et risques saisisse le juge du contrat afin de faire constater l'irrégularité ou le caractère infondé de cette résiliation et demander, de ce fait, le règlement des sommes qui lui sont dues, sans attendre le règlement définitif du nouveau marché après, le cas échéant, que le juge du contrat a obtenu des parties les éléments permettant d'établir le décompte général du marché résilié ;

4. Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'à la suite des résultats de l'étude micro gravimétrique réalisée, entre les mois d'octobre et de novembre 2011, à la demande du groupement, qui a révélé une doline d'un diamètre et d'une profondeur plus importante qu'initialement prévue, la société Demathieu et Bard a adressé au maître d'ouvrage un mémoire en réclamation du 22 mars 2012 pour un montant de 5 970 464,20 euros HT, qui a été rejeté le 30 mars 2012 au motif que les sujétions techniques imprévues alléguées n'étaient pas imprévisibles lors de la conclusion du contrat ; que le CHRU de Besançon, estimant notamment que la société avait arrêté le chantier et refusait de poursuivre les travaux, lui a notifié le 30 mai 2012 une mise en demeure de reprendre les travaux en l'informant qu'une mesure d'exécution aux frais et risques de son marché pour les prestations liées à la réalisation du marché figurant à l'article 2.6.2 du CCA du marché et correspondant aux phases 7, 9, 10 et 11, pourrait être prise à son encontre et être suivie d'une résiliation du marché ; que par un courrier du 28 juin 2012, le maître de l'ouvrage, sur le fondement des stipulations précitées de l'article 49 du CCA du marché, a décidé de faire exécuter aux frais et risques de la société Demathieu et Bard les prestations susmentionnées, lui a indiqué que cette mesure ne valait pas décision de résiliation et que l'exécution de son marché se poursuivait dans les conditions de l'article 49.5 précité du

CCA ; qu'en outre, à la suite de cette décision, le maître de l'ouvrage, par lettre du 9 juillet 2012 en réponse à une demande de la société Demathieu et Bard, l'a informée qu'elle était seule juge de la part des moyens qu'elle entendait mettre en oeuvre pour poursuivre l'exécution des parties du marché qui n'étaient pas mises en régie, et concernant plus particulièrement la phase 8 relative au " suivi de la qualité architecturale et technique, direction de l'exécution des travaux assurée par les concepteurs " ainsi que la mission de mandataire du groupement de conception réalisation ; que si un marché de substitution pour les prestations exécutées aux frais et risques a été conclu le 18 janvier 2013 avec le groupement Verazzi - Campenon Bernard Franche-Comté, cette circonstance ne saurait en elle-même caractériser une résiliation du marché dès lors que le recours à un autre cocontractant est une des modalités possibles d'une mise en régie, qui n'a pas pour effet de rompre le marché conclu entre le centre hospitalier et la société et présente un caractère provisoire ; qu'après avoir informé par lettre du 30 janvier 2013 la société Demathieu et Bard de la passation de ce marché de substitution et de son droit de suivi au titre des stipulations de l'article 49.5 du CCA du marché, le maître de l'ouvrage, par lettre du 22 février 2013, a de nouveau expressément rappelé à la société que son marché n'était pas résilié ; que, par ailleurs, si un nouveau mandataire du groupement a été désigné le 9 septembre 2013 par le maître de l'ouvrage, il ne résulte pas de l'instruction que cette mesure prise en application des stipulations de l'article 49.7.2 du CCA du marché à la suite du comportement de la société Demathieu et Bard dans l'exécution de cette mission aurait eu pour objet ou pour effet de résilier le marché ; qu'enfin, la société requérante ne peut utilement se prévaloir de la violation des stipulations de l'article 49.5 du CCA du marché relative au droit de suivi pour soutenir que la décision du 28 juin 2012 devait être regardée comme une mesure de résiliation dès lors que le droit de suivi prévu par ces stipulations s'applique indistinctement à une mesure de résiliation et à une mesure d'exécution aux frais et risques et alors, au demeurant, qu'il résulte de l'instruction que la société a été autorisée à programmer des visites de chantier avec l'assistant technique au maître d'ouvrage ou le maître d'ouvrage lui-même, et a été destinataire mensuellement de tous les comptes-rendus et documents de chantier ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutient la société requérante, la mesure d'exécution aux frais et risques du marché passé entre la société Demathieu et Bard et le centre hospitalier régional universitaire de Besançon, prononcée le 28 juin 2012, n'a pas eu pour objet ou pour effet de rompre les liens contractuels entre le centre hospitalier et la société ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Demathieu Bard Construction n'est pas recevable à saisir le juge du contrat afin de faire constater l'irrégularité ou le caractère infondé de la décision du 28 juin 2012 en tant qu'elle constituerait une mesure de résiliation à ses frais et risques, et à demander, de ce fait, le règlement des sommes qui lui sont dues, sans attendre le règlement définitif du nouveau marché après, le cas échéant, que le juge du contrat a obtenu des parties les éléments permettant d'établir le décompte général du marché résilié ; que, dès lors, la société Demathieu Bard Construction n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Besançon a rejeté sa demande ;

Sur la demande relative à la décision d'exécution aux frais et risques du 28 juin 2012 :

6. Considérant que le cocontractant d'une collectivité publique est recevable à demander au juge du contrat, avant l'établissement du décompte définitif, la condamnation de la collectivité publique, sur le fondement la responsabilité contractuelle, à l'indemniser des dommages nés de l'exécution du contrat ;

7. Considérant, en premier lieu, que l'article 49.1 du CCA du marché stipule que : " A l'exception des cas prévus aux articles 15.2.2 et 46.6, lorsque le mandataire du groupement ne se conforme pas aux dispositions du marché ou aux ordres de service, le maître de l'ouvrage le met en demeure d'y satisfaire, dans un délai déterminé, par une décision qui lui est notifiée par écrit. / Ce délai, sauf en cas d'urgence, n'est pas inférieur à quinze jours à compter de la date de notification de la mise en demeure " ; qu'il résulte de l'instruction que la décision d'exécution aux frais et risques du 28 juin 2012 est intervenue plus de quinze jours après la mise en demeure du 29 mai 2012 ; que, par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que le CHRU de Besançon n'aurait pas respecté le délai minimum prévu par les stipulations précitées de l'article 49.1 du CCA du marché entre la mise en demeure et la décision d'exécution aux frais et risques ;

8. Considérant, en deuxième lieu, que l'article 3.1 du CCA du marché stipule que : " Les pièces constitutives du marché de conception réalisation comprennent : (...) la proposition de calendrier prévisionnel pour les études et les travaux conformes à la description faite à l'article 19.1 du C.C.A. " ; que l'article 19.1.1 stipule que : " (...) Le calendrier proposé par le groupement au stade de la réponse à l'appel d'offre est un des documents contractuels cité à l'article 3.1. " ; qu'il résulte de ces stipulations que le calendrier général d'exécution du 29 novembre 2011 a une valeur contractuelle et que, contrairement à ce que soutient la société requérante, la mise en demeure a ainsi pu régulièrement se fonder sur ce document ;

9. Considérant, en troisième lieu, que le 29 mai 2012 le CHRU de Besançon a mis en demeure la société Demathieu et Bard de réaliser les fondations de quatre zones ; qu'il résulte de l'instruction, et notamment du constat d'huissier contradictoire du 22 juin 2012, qu'aucune fondation n'a toutefois été réalisée par la société et qu'aucun pieu n'était présent, le chantier n'étant pas plus avancé que lors de ses précédents constats des 27 avril 2012 et 4 juin 2012 ;

10. Considérant, en quatrième lieu, que l'article 15.2.1 du CCA du marché stipule que : " Sous réserve de l'application des stipulations de l'article 15.4 le mandataire du groupement est tenu de mener à son terme la réalisation des ouvrages faisant l'objet du marché, quelle que soit l'importance de l'augmentation de la masse du marché qui peut résulter de sujétions techniques ou d'insuffisances des quantités prévues dans le marché ou encore de toute cause de dépassement autre que celles qui sont énoncées à l'article 15.2.2 " ; qu'il résulte de l'instruction et n'est pas contesté, que la masse des prestations exécutées n'avait pas atteint la masse initiale du marché exigeant, aux termes de l'article 15.2.2 précité, la notification par un ordre de service d'une décision de poursuivre par le maître de l'ouvrage ; que l'article 51.2 du CCA du marché prévoit que : " Les modifications apportées aux exigences du programme fonctionnel ou aux phases précédentes déjà approuvées ne seront réputées acceptées par le maître de l'ouvrage qu'à la double condition que : / ces modifications aient été portées expressément à la connaissance du maître de l'ouvrage (...) / que le maître de l'ouvrage ait accepté en retour expressément cette ou ces modifications (...) " ; qu'aux termes de l'article 30 de ce document : " Le groupement ne peut, de lui-même, apporter aucun changement aux dispositions techniques des ouvrages résultant du respect des documents contractuels suivants : / programme fonctionnel et programme technique détaillé de l'opération ; / dossiers d'études de conception ; / éléments du dossier d'études d'exécution visé par l'assistant technique au maître de l'ouvrage " ;

11. Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'à la suite des études, et notamment de l'étude micro gravimétrique, que la société Demathieu et Bard a proposé une solution

technique du mode constructif plus complexe que celle qu'elle avait initialement envisagée au regard des préconisations résultant de l'étude géotechnique préliminaire G 11 ; qu'il résulte des stipulations du marché et notamment des documents contractuels visés par l'article 30 précité du CCA ainsi que des termes mêmes de cette étude préalable, qu'aucun mode constructif pour les fondations n'était imposé, le contrat se bornant en des termes généraux à orienter la société dans la solution technique à envisager au regard des caractéristiques géologiques du terrain sur lequel le bâtiment serait construit ; que, par suite, contrairement à ce que soutient la société requérante, en l'absence de modifications apportées aux exigences du programme fonctionnel ou aux phases précédentes approuvées, l'acceptation du maître de l'ouvrage n'était pas exigée par les stipulations du marché et notamment par celles de l'article 30 précité du CCA du marché ;

12. Considérant, en dernier lieu, que le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ; qu'il suit de là que la société Demathieu Bard Construction ne peut utilement se prévaloir pour justifier de l'inexécution de ses obligations contractuelles et plus particulièrement de son obligation de reprendre les travaux de fondations, d'un refus fautif du maître de l'ouvrage de reconnaître le caractère de sujétions techniques imprévues aux difficultés rencontrées dans l'exécution du marché à la suite de la découverte de l'ampleur de la doline, non plus que des manquements que le maître de l'ouvrage aurait commis lors de la conclusion du marché en raison d'une rétention intentionnelle d'informations sur les caractéristiques géologiques du site, de l'absence d'étude géotechnique d'avant projet G 12 et d'une étude géotechnique préliminaire G 11 insuffisante fournie aux candidats à l'attribution du marché ; que, pour les mêmes motifs, la société Demathieu Bard Construction ne peut utilement invoquer un retard fautif du maître de l'ouvrage dans les décisions à prendre pour la poursuite de l'exécution du chantier ainsi que, en tout état de cause, le refus de ce dernier d'accepter de s'engager dans une démarche de conciliation avec elle pour résoudre leur différend ;

13. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en refusant de reprendre les travaux de fondations en inexécution de ses obligations contractuelles, la société Demathieu Bard Construction a commis une faute de nature à justifier à elle seule la décision d'exécution aux frais et risques du marché ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par le centre hospitalier régional universitaire de Besançon, il y a lieu de rejeter la demande d'indemnisation de la société Demathieu Bard Construction ;

Sur la demande d'indemnisation au titre des dommages nés de l'exécution du marché :

14. Considérant qu'il n'appartient pas au juge d'appel, devant lequel l'appelante ne conteste pas la fin de non-recevoir opposée à ses conclusions par le juge de premier ressort, de rechercher d'office si cette fin de non-recevoir a été soulevée à bon droit ;

15. Considérant que par le jugement attaqué, le tribunal administratif a rejeté comme irrecevables les conclusions de la société Demathieu Bard Construction tendant à la condamnation du centre hospitalier régional universitaire de Besançon à lui verser la somme de 1 788 052 euros, correspondant au coût de l'immobilisation du chantier à la suite de la découverte de l'anomalie du sol, aux travaux supplémentaires réalisés ou non payés, aux incidences financières liées à la révision des prix, aux intérêts moratoires sur les règlements en attente, ainsi qu'aux pénalités résultant du retard à livrer l'ouvrage ou les plans d'exécution et travaux de synthèse sur le fondement de l'unicité du décompte ;

que si la société Demathieu Bard Construction demande à nouveau en appel la condamnation du centre hospitalier régional universitaire de Besançon à lui verser cette somme, elle ne conteste pas devant la cour l'irrecevabilité qui a été opposée à ces conclusions en première instance ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par le centre hospitalier régional universitaire de Besançon, la société requérante n'est pas fondée à demander l'annulation du jugement attaqué en tant qu'il a rejeté ces conclusions ;

Sur les dépens :

16. Considérant que la société Demathieu Bard Construction étant la partie perdante dans la présente instance, ses conclusions tendant à la condamnation du centre hospitalier régional universitaire de Besançon aux dépens ne peuvent qu'être rejetées ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

17. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge du centre hospitalier régional universitaire de Besançon qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement de la somme que la société Demathieu Bard Construction demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu en revanche de mettre à la charge de la société Demathieu Bard Construction une somme de 1 500 euros à verser au centre hospitalier régional universitaire de Besançon sur le fondement des mêmes dispositions ;

D É C I D E :

Article 1er : La requête de la société Demathieu Bard Construction est rejetée.

Article 2 : La société Demathieu Bard Construction versera au centre hospitalier régional universitaire de Besançon une somme de 1 500 (mille-cinq-cents) euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la société Demathieu Bard Construction et au centre hospitalier régional universitaire de Besançon.