**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE DIJON**

N° 2102307

**SOCIÉTÉ BETCI
SOCIÉTÉ FACEA**

**M. Delespierre
Juge des référés**

Ordonnance du 05 octobre 2021

**39-08-015-02
C**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 8 et 28 septembre 2021, les sociétés BETCI et FACEA, représentées par Me Laroche, demandent au juge des référés sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative :

- de suspendre l'exécution des contrats conclus par le département de la Nièvre avec les bureaux d'études Chevrier, Tramier et ECET pour les prestations de maîtrise d'œuvre relatives à la construction d'un établissement d'accueil de mineurs dans le cadre de la protection de l'enfance à Nevers dans l'attente de l'ordonnance à intervenir dans la présente instance ;

- de prononcer la nullité des contrats conclus par le département de la Nièvre avec les bureaux d'études Chevrier, Tramier et ECET pour les prestations de maîtrise d'œuvre relatives à la construction d'un établissement d'accueil de mineurs dans le cadre de la protection de l'enfance à Nevers ;

- de condamner solidairement le département de la Nièvre et Nièvre Aménagement à verser à BETCI et à FACEA la somme de 2 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- le département a conclu trois marchés publics de maîtrise d'œuvre d'un montant de 223 000 euros HT sans publicité ni mise en concurrence préalables et sans que le maître d'ouvrage ait fixé un délai aux nouveaux maîtres d'œuvre choisis en sus des titulaires du marché initial, pour la transmission de leurs études ;

- le département de la Nièvre a signé ces marchés de substitution avec des bureaux d'étude locaux alors qu'il n'était pas compétent ;

- elles ont été privées du droit de participer à la procédure de mise en concurrence pour la passation de ces nouveaux marchés ;
- une mesure de suspension est justifiée dès lors qu'elles ont accepté de réaliser à leurs frais les études complémentaires qui sont en cours, que l'intérêt public ne saurait justifier la conclusion de trois nouveaux contrats pour un prix exorbitant de 223 000 euros sans la fixation d'un délai d'achèvement des nouvelles prestations confiées aux bureaux d'études locaux ;
- l'intérêt de BETCI et de FACEA de demander la nullité des contrats conclus par le département avec les bureaux d'études Chevrier, Tramier et ECET, pour participer à une procédure de mise en concurrence de ces contrats comportant des missions nouvelles, est « évident » ;
- selon une jurisprudence administrative constante le titulaire d'un marché public de substitution résilié aux frais et risques est recevable à demander l'annulation d'un autre marché public passé en raison de ses éventuels manquements ;
- les marchés dont il est demandé l'annulation ont pour objet des missions supplémentaires à celles confiées à la maîtrise d'œuvre initiale ;
- les nombreuses références produites justifient que BETCI aurait eu intérêt à participer à l'attribution des marchés de maîtrise d'œuvre conclus avec les bureaux d'études techniques ;
- contrairement à ce que soutient le département de la Nièvre les prestations confiées aux bureaux d'études techniques Chevrier, Tramier et ECET étaient homogènes et les marchés litigieux de substitution méconnaissent les dispositions de l'article L. 2431-1 du code de la commande publique qui oblige le maître d'ouvrage à confier une mission globale de maîtrise d'œuvre ;
- le prix total des marchés de substitution rendait une publication communautaire nécessaire ;
- en tout état de cause, même à considérer que les marchés de substitution pouvaient être passés selon une procédure adaptée, une publicité préalable et une mise en concurrence étaient requises et auraient permis au département de la Nièvre et à Nièvre Aménagement d'obtenir des prix moins-disants alors que FACEA a poursuivi les études d'exécution complémentaires que Nièvre Aménagement l'a mise en demeure de réaliser.

Par un mémoire en défense, enregistré le 24 septembre 2021, le département de la Nièvre et la société d'économie mixte d'aménagement Nièvre Aménagement représentés par Seban et associés avocats concluent au rejet de la requête et à la condamnation solidaire des sociétés BETCI et FACEA à verser au département de la Nièvre et à la société d'économie mixte Nièvre Aménagement la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent :

- à titre principal, que les sociétés FACEA et BETCI ne justifient pas de la qualité à agir en référé contractuel ;
- à titre subsidiaire, que les moyens soulevés par les sociétés requérantes ne sont pas fondés ou inopérants.

La procédure a été régulièrement communiquée à la sarl Chevrier ingénierie, à la sarl BET Tramier et à la société Etudes et conception d'ensembles techniques ECT qui n'ont pas produit d'observations.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. Delespierre, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Au cours de l'audience publique tenue en présence de Mme Lelong, greffier d'audience, M. Delespierre a lu son rapport et entendu les observations de :

- Me Laroche, représentant la société FACEA et la société BETCI ;
- Me Vandepoorter, représentant le département de la Nièvre et la société d'économie mixte Nièvre Aménagement.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. Le département de la Nièvre a lancé les 4 et 5 juillet 2019 une consultation pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre en vue de la construction d'un établissement d'accueil de mineurs à Nevers dans le cadre de la protection de l'enfance. Ce marché a été attribué à un groupement d'entreprises composé des sociétés Catherine Dormoy Architecte -mandataire du groupement-, FACEA et Format Paysage. Parallèlement, le maître d'ouvrage a confié un mandat de maîtrise d'ouvrage publique à la société d'économie mixte Nièvre Aménagement (ci-après SEMNA). Le groupement de maîtrise d'œuvre attributaire n'ayant pas respecté la date contractuelle de remise des études préalables aux travaux de construction fixée au 16 octobre 2020, celui-ci a été mis en demeure le 12 mai 2021 de fournir à l'ensemble des entreprises titulaires des travaux les plans et éléments d'exécution du projet avant le 16 juin 2021. Cette mise en demeure n'ayant pas été suivie d'effet, par des courriers du 21 juin 2021 et du 16 juillet 2021, le mandataire du groupement de maîtrise d'œuvre a été informé de la décision de la SEMNA de faire réaliser, aux frais et risques du groupement, les prestations relatives aux études d'exécution de certains lots de marchés de travaux pour remédier à ses défaillances. Ainsi, trois marchés de substitution ont été conclus, selon une procédure adaptée, avec le bureau d'études techniques Chevrier pour les prestations du lot n° 2 « Fondation-Gros œuvre » le 23 juin 2021, le bureau d'étude techniques Tramier pour le lot n° 13 « Chauffage-ventilation- Plomberie » le 5 juillet 2021 et, enfin, le bureau d'études techniques ECET pour le lot n° 14 « Electricité courants forts faibles - Photovoltaïque-SSI » le 16 juillet 2021. Dans leur requête les sociétés FACEA et BETCI soutiennent notamment que la SEMNA, en tant que mandataire du département de la Nièvre, a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en passant les trois marchés de substitution en cause dont elles demandent la suspension et l'annulation.

Sur les conclusions à fin de suspension :

2. Aux termes de l'article L. 551-17 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif ou son délégué peut suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages* ».

3. La présente ordonnance mettant fin à l'instance en statuant sur la demande au principal des sociétés requérantes, il n'y a plus lieu de statuer sur la demande avant dire droit tendant, sur le fondement de ces dispositions, à la suspension du marché litigieux pour la durée de l'instance.

Sur les conclusions d'annulation :

4. En premier lieu, aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section* » et selon l'article L. 551-14 du même code : « *Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local (...)* ».

5. En vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient dès lors au juge des référés contractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auxquels ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

6. En deuxième lieu, aux termes de l'article 36.3 du cahier des clauses administratives générales-prestations intellectuelles (CCAG-PI) : « *Le titulaire du marché résilié n'est pas admis à prendre part, ni directement ni indirectement, à l'exécution des prestations effectuées à ses frais et risques (...)* ».

7. Ainsi qu'il a été rappelé, le marché de maîtrise d'œuvre initialement attribué au groupement dont la société FACEA est membre, a donné lieu à la passation de trois marchés de substitution avec les bureaux d'études techniques mentionnés au point 1 aux frais et risques du groupement titulaire. Il résulte de l'instruction et des débats de l'audience que le groupement dont la société FACEA est membre n'a pas satisfait à tous ses engagements à la date contractuelle du 16 octobre 2020, que les mises en demeure de la SEMNA sont restées sans effet alors que la société FACEA n'apporte aucun élément pour justifier son retard, de plus de six mois par rapport au calendrier initial, pour la remise des plans et autres pièces nécessaires à l'étude du projet, aux études d'exécution nécessaires à la constitution des dossiers de consultation à l'attention des entreprises en charge des travaux.

8. D'une part, la société FACEA n'apporte aucun élément pour justifier son retard. Les lacunes et omissions dans l'évaluation de l'étendue des travaux et de leurs coûts imputables au groupement titulaire du marché de maîtrise d'œuvre pouvaient fonder la résiliation du marché initial pour faute aux frais et risques de l'intéressé. Il suit de là qu'en application des stipulations précitées au point 6, la société FACEA n'aurait pas pu être admise à prendre part à l'exécution des marchés de maîtrise d'œuvre passés à ses frais et risques. D'autre part, la société BETCI, qui se présente comme une société distincte du groupement titulaire du marché initial dont FACEA est membre et qui soutient ne pas être une filiale de cette dernière, entend établir au dossier son expérience dans l'exécution des marchés publics de maîtrise d'œuvre pour justifier de son intérêt à participer à une procédure de mise en concurrence. Toutefois, les documents produits sont, par eux-mêmes, insuffisants pour justifier de son savoir-faire et de ses capacités sur les points précis

à l'origine du besoin exprimé par la collectivité en passant les marchés de substitution en litige, lesquels se rapportent à la réalisation d'études de synthèse et de plans d'exécution préalables au suivi de chantiers. Ainsi, dans les circonstances particulières de l'espèce, les deux sociétés requérantes ne justifient pas être lésées ou susceptible d'être lésées par les manquements qu'elles invoquent et ne justifient donc pas d'un intérêt leur conférant qualité pour agir. Par suite, la fin de non-recevoir opposée en défense doit être accueillie et la requête doit être rejetée.

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

9. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge du département de la Nièvre et de la SEMNA, qui ne sont pas parties perdantes dans la présente instance, la somme que sollicitent les sociétés requérantes au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre conjointement à la charge de ces dernières la somme de 2 500 euros à verser au département de la Nièvre et à SEMNA.

ORDONNE :

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions à fin de suspension présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-17 du code de justice administrative.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 3 : La société FACEA et la société BETCI verseront conjointement la somme de 2 500 (deux mille cinq cents) euros au département de la Nièvre et à la société d'économie mixte Nièvre Aménagement.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société BETCI, à la société FACEA, au département de la Nièvre, à la société d'économie mixte Nièvre Aménagement, à la société Chevrier ingénierie, à la société BET Tramier et à la société Etudes et Conception d'Ensembles Techniques-ECET.

Fait à Dijon, le 5 octobre 2021.

Le juge des référés,

N. DELESPIERRE

La république mande et ordonne au préfet de la Nièvre 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,

Le greffier