

TA33
Tribunal Administratif de Bordeaux
2206735
2023-01-27
SELARL BERNADOU AVOCATS
Décision
Plein contentieux

Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 22 décembre 2022, une pièce complémentaire enregistrée le 23 décembre 2022 et un mémoire enregistré le 17 janvier 2023, la société par actions simplifiée (SAS) Aqio, représentée par SELAS Adamas, demande au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- 1°) d'annuler la décision du 13 décembre 2022 par laquelle le département de la Gironde a décidé de l'exclure de la procédure de passation de l'accord-cadre relatif aux travaux dans les collèges de compétence départementale ;
- 2°) d'annuler la procédure de passation des lots n° 20 à 24 de l'accord-cadre pour les travaux dans les collèges en cause, au stade de l'examen des candidatures ;
- 3°) d'enjoindre au département de la Gironde de reprendre la procédure au stade de l'examen des candidatures sans l'exclure ;
- 4°) de mettre à la charge du département de la Gironde une somme de 6 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La SAS Aqio soutient que :

- son action est recevable dès lors que la procédure de référé précontractuel est applicable aux accords-cadres et qu'en sa qualité de candidat évincé, elle justifie d'un intérêt à agir ;
- le département de la Gironde ne l'ayant pas, dans sa lettre du 23 novembre 2022, informée de manière précise des manquements qu'il retenait à son encontre pour envisager de l'exclure de la procédure, elle n'a pas été mise à même de faire valoir ses observations avant la décision d'exclusion, en violation de l'article L. 2141-11 du code de la commande publique, outre que, dans ces conditions, la décision d'exclusion est insuffisamment motivée ;
- les conditions énoncées à l'article L. 2147-7 du code de la commande publique ne sont pas satisfaites ;
- en l'absence de précisions permettant d'identifier le marché en cause, le grief tiré du non-respect des clauses contractuelles, notamment de celles concernant les prestations à exécuter en période de préparation, n'est pas justifié, outre que ce grief est matériellement inexact s'il s'agit de la pose de clôture sur le chantier du collège de Lussac puisqu'un accord avait été trouvé pour un remplacement partiel et que, quand le maître d'œuvre a imposé le remplacement sur un linéaire plus long, elle a exécuté l'ordre de service alors même que les clôtures initiales étaient conformes aux spécifications du marché ;
- concernant le grief tiré d'un prétendu non-respect des prescriptions d'ordres de service, il est dépourvu de toute précision et, s'il agit du chantier du collège de Lussac et des ordres de service n° 3 et 7, les travaux supplémentaires ont été exécutés aux frais avancés par la société, pour un montant de 315 000 euros hors taxes ;
- s'agissant du prétendu non-respect du rôle et de la mission des assistants à maîtrise d'ouvrage, notamment du maître d'œuvre, aucune indication n'est fournie sur le marché qui serait concerné et sur la nature exacte du grief ;
- si le département a entendu lui reprocher d'avoir réalisé les fondations du collège de Lussac sans visa favorable du maître d'œuvre sur le plan des réseaux sous dallage, ce manquement n'est pas d'une gravité suffisante pour justifier la sanction de l'exclusion des marchés ultérieurs, alors surtout, d'une part, que la conception des fondations a dû être modifiée du fait d'une erreur dans le dossier

de consultation imputable au maître d'ouvrage et au maître d'œuvre, d'autre part, que le plan des réseaux a été finalement validé et exécuté ;

- concernant le reproche reposant sur une prétendue non déclaration de sous-traitance, il n'est pas explicité à défaut de toute précision sur le marché en cause mais, s'il s'agit de la construction du collège Gisèle Halimi, le sous-traitant Fournier a été déclaré le 22 février 2022 et le département l'a accepté le 25 avril suivant ;

- le grief portant sur des réclamations financières récurrentes pour des prestations incluses dans le marché n'est pas fondé dès lors, d'une part, que pour le chantier du collège de Lussac, elle n'a présenté que des devis, d'autre part, que s'agissant du chantier du collège Gisèle Halimi, elle n'a formulé, en tant que mandataire, que deux réclamations qui ont été considérées comme fondées par le comité consultatif interrégional de règlement amiable des litiges relatifs aux marchés publics de Bordeaux, dans ses avis du 25 juin 2021.

Par mémoire en défense enregistré le 11 janvier 2023, le département de la Gironde, représenté par la SELARL Le Roy, Gourvenec, Prieur, conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la SAS Aqio d'une somme de 6 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Le département de la Gironde fait valoir que les moyens invoqués par la SAS Aqio ne sont pas fondés.

Par mémoire en défense enregistré le 16 janvier 2023, la société par actions simplifiée (SAS) Eiffage Construction Nord Aquitaine, représentée par la SELARL Bernadou Avocats, conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la SAS Aqio d'une somme de 4 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La SAS Eiffage Construction Nord Aquitaine fait valoir que les moyens soulevés par la SAS Aqio ne sont pas fondés.

Vu :

- les pièces desquelles il résulte que la requête a été communiquée à la société Neveu, à la société MAB Sud-Ouest, à la société Tonel et à la société Garonne BTP, qui n'ont pas produit de mémoire ;
- les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. Bayle, 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 du 17 janvier 2023 à 14h30, ont été entendus :

- le rapport de M. Bayle, juge des référés ;
- les observations de Me Heymans, représentant la SAS Aqio, qui a développé les moyens soulevés dans les écritures de cette société ;
- les observations de Me Plunier, représentant le département de la Gironde, qui a repris les moyens invoqués en défense par cette collectivité ;
- les observations de Me Cayssials, représentant la société Batignolles Sud-Ouest ;
- les observations de M. A, qui a confirmé les moyens opposés en défense par la société Eiffage Construction Nord Aquitaine.

Les parties ont été informées qu'en application de l'article R. 522-8 du code de justice administrative, la clôture de l'instruction était reportée au 20 janvier 2023 à 12h00.

La SAS Aqio a déposé un mémoire le 20 janvier 2023 à 9h40, par lequel elle conclut, par les mêmes moyens, aux mêmes fins que la requête.

Le département de la Gironde a déposé un mémoire, le 20 janvier 2023 à 11h54, par lequel il confirme, par les mêmes moyens, ses conclusions tendant au rejet de la requête.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique (). / () Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ". Aux termes de l'article L. 551-2 du même code : " Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, 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 ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations ".

2. Par avis public à la concurrence publié au bulletin officiel des marchés publics du 22 juin 2022 et au journal officiel de l'Union européenne du 24 juin 2022, le département de la Gironde a lancé une procédure d'appel d'offre en vue de l'attribution d'un accord-cadre multi-attributaires à bons de commande, comportant 41 lots, pour la réalisation de travaux d'entretien, de mise en sécurité, de maintenance, de réparation, de démolition, d'extension et de reconstruction du patrimoine immobilier des collèges publics de compétence départementale. La société par actions simplifiée (SAS) Aqio a déposé une offre pour les lots n° 20 à 24 relatifs aux travaux de gros-œuvre. Toutefois, cette société a été informée, par lettre du 13 décembre 2022, que sa candidature était exclue de la procédure de passation du marché, sur le fondement de l'article L. 2141-7 du code de la commande publique, aux motifs de manquements graves dans ses obligations contractuelles au cours de marchés précédents, que son offre pour le lot n° 20 était en conséquence rejetée et que, s'agissant des lots n° 21 à 24, ils étaient attribués aux entreprises retenues comme économiquement les plus avantageuses, à savoir, respectivement, la SAS Spie Batignolles Sud-Ouest, la SARL Neveu, la SARL MAB Sud-Ouest et la SARL Tonel. La SAS Aqio demande au juge des référés d'annuler la procédure de passation du marché en cause en tant qu'elle se rapporte aux lots n° 20 à 24.

3. Aux termes de l'article L. 2141-7 du code de la commande publique : " L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur ".

4. En premier lieu, aux termes de l'article L. 2141-11 du code de la commande publique : " L'acheteur qui envisage d'exclure un opérateur économique en application de la présente section doit le mettre à même de présenter ses observations afin d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement ".

5. La SAS Aqio soutient que la décision en litige ne peut être regardée comme ayant été précédée de la procédure contradictoire prévue à l'article L. 2141-11 précité, à défaut de précisions suffisantes dans la lettre du département de la Gironde en date du 23 novembre 2022 l'informant des motifs susceptibles de justifier l'exclusion envisagée. Dans cette lettre, le département a énuméré les cinq manquements qu'il entendait retenir, à savoir le " Non-respect des clauses contractuelles, notamment les prestations à exécuter en période de préparations telles que décrites dans les documents marché ", le " Non-respect des prescriptions d'ordres de service ", le " Non-respect du rôle et de la mission des assistants à maîtrise d'ouvrage, notamment le maître d'œuvre (exécution de travaux sans visa MOE) et CSPS (non-respect de ses prescriptions ou des mentions du registre journal ", la " Non-déclaration de sous-traitance " et des " Réclamations financières récurrentes pour des prestations incluses dans les documents marchés, prévues prises en compte au stade de l'offre ". Cette lettre précisait que les marchés concernés par ces manquements étaient le marché de travaux, fondations, gros œuvre, charpente métallique pour la reconstruction du collège de Lussac et le marché de conception réalisation en vue de la restructuration complète du collège Gisèle Halimi, anciennement dénommé Jules Ferry. Alors que les griefs ainsi formulés se rapportent à seulement deux marchés, lesquels étaient toujours en cours selon les pièces du dossier, et eu égard aux très nombreux échanges entre la société et le maître d'œuvre, d'une part, entre la société et le maître d'ouvrage, d'autre part, la SAS Aqio était parfaitement à même d'identifier les faits constitutifs des manquements visés. Il ressort d'ailleurs de sa réponse très détaillée du 1er décembre 2022 qu'elle a pu déterminer les faits en cause, y compris en ce qui concerne les ordres de services. Elle ne peut donc arguer d'une insuffisance de précisions qui l'aurait empêchée de formuler utilement ses observations. Il suit de là que le moyen analysé ci-dessus doit être écarté.

6. En deuxième lieu, alors que, d'une part, elle vise les dispositions législatives dont le département de la Gironde a entendu faire application et qu'elle reprend les griefs formulés dans la lettre du 23 novembre 2022, la décision contestée du 13 décembre 2022 ne peut être regardée comme entachée d'un défaut de motivation.

7. En troisième lieu, il résulte de l'instruction que la SAS Aqio était chargée, en sa qualité de titulaire du lot " Fondations - Gros œuvre " du marché de restructuration du collège de Lussac, de la mise en place, d'une part, d'un sas provisoire à l'entrée de l'établissement, d'autre part, des clôtures

du chantier et de l'installation de la base de vie, ainsi qu'il ressort du point 2.3.1 du plan général de coordination. S'agissant du sas, il ressort des éléments au dossier que malgré un ordre de service notifié le 21 février 2022 par le maître d'œuvre, la société Aqio n'a pas exécuté cette prestation. Par ailleurs, le plan général de coordination prévoyait, au point 2.3.3.1, une clôture en périphérie du chantier, en bardage plein propre, de 2 mètres de hauteur correctement stabilisée par l'intermédiaire de poteaux solidement fixés dans le sol, en précisant que lesdites clôtures pourront être de type " Héras ". Au regard des pièces du dossier, si l'entreprise paraît avoir utilisé initialement un modèle de clôture proposé par le fournisseur dont s'agit, d'une part, elle s'est abstenue de le faire valider par le maître d'œuvre, en méconnaissance de l'article 7.4.2.6 du cahier des clauses techniques communes, d'autre part, les modules ainsi installés reposaient sur des plots en béton de dimensions réduites et leur stabilisation n'était assurée que par des tiges ancrées au sol par des " fiches " faisant fonction de " sardines ". La société a refusé à plusieurs reprises de mettre en place une clôture présentant des garanties suffisantes de stabilité, maintenue notamment par des " poteaux solidement fixés dans le sol ", et ce, malgré une notification de refus des clôtures par le coordinateur le 10 mars 2022, une réunion de conciliation le même jour, une concertation avec le maître d'œuvre le 17 mars 2022, une nouvelle concertation sur site avec le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre et la société le 24 mars 2022 et une demande du coordinateur le 31 mars 2022. Le maître d'œuvre a dû se résoudre, pour obtenir satisfaction, à notifier à la société Aqio un ordre de service, le 1er avril 2022. Le département a finalement infligé des pénalités à la SAS Aqio sur la situation du mois de mars 2022, par ordre de service n° 4 du 26 avril 2022.

8. En quatrième lieu, il résulte des éléments au dossier que, à la suite des conclusions d'une étude géotechnique, le département et la SAS Aqio sont convenus d'une modification des fondations et plancher bas rez-de-chaussée initialement prévues au contrat, par la construction d'une dalle portée en lieu et place d'une dalle en terre-plein. Par ordre de service n° 7 du 8 juillet 2022, le maître d'œuvre a enjoint à la société de réaliser lesdits travaux pour un montant de 110 958,15 euros hors taxes. Par courrier électronique du 15 juillet 2022, la société a annoncé qu'elle refusait d'exécuter l'ordre de service en l'absence de réévaluation du coût supplémentaire, qu'elle estimait à 462 000 euros hors taxes, et en menaçant d'interrompre le chantier. Par courrier du 20 juillet 2022, elle a réitéré sa menace en demandant au maître d'œuvre de lui faire parvenir sans délai l'accord du maître d'ouvrage sur la rémunération qu'elle réclamait " afin de ne pas bloquer la réalisation de ces travaux modificatifs ". L'entreprise a d'ailleurs décidé unilatéralement " l'ajournement des travaux ", ainsi qu'il résulte de la correspondance adressée au maître d'ouvrage le 22 juillet 2022. Si le maître d'œuvre a notifié à la SAS Aqio, par ordre de service du 25 juillet 2022, un nouveau planning d'exécution, le coordinateur a pu constater que l'entreprise avait quitté le chantier à partir du 25 juillet 2022. Pour faire bonne mesure, la société Aqio a confirmé, dans un courrier du 4 août 2022 qu'elle subordonnait la reprise du chantier à un accord sur la rémunération exigée. Au demeurant, dans une lettre du 5 septembre 2022, la société reconnaît que " l'interruption de [ses] travaux [est] directement liée [au] désaccord sur le contenu des travaux supplémentaires () dont la réalisation est rendue extrêmement difficile compte tenu de l'insuffisance du financement octroyé ". Si la société avait annoncé les vacances de l'équipe dédiée au chantier pendant la période du 8 au 19 août 2022, elle ne peut justifier l'absence de personnel entre le 25 juillet et le 8 août autrement que par la volonté de faire pression sur le maître d'ouvrage.

9. En cinquième lieu, il résulte de l'instruction, en particulier de la lettre adressée à l'entreprise par le maître d'œuvre le 19 septembre 2022 après une visite du chantier, que la société Aqio avait exécuté des travaux dont les plans n'étaient pas finalisés et qui s'avéraient incompatibles avec ses prestations. Le maître d'œuvre a d'ailleurs cru devoir signaler au département de la Gironde les défaillances de l'entreprise, par lettre du 21 septembre 2022, appréciation partagée par l'assistant à la maîtrise d'ouvrage, ainsi qu'il résulte de la communication de ce dernier au département le 27 septembre 2022. Par lettre du 3 octobre 2022, le maître d'œuvre a constaté que les plans n'étaient toujours pas finalisés et a dû signaler à la société la non-conformité de certains travaux, notamment l'absence de réservations pour les réseaux d'alimentation électrique sur un coffret et dans la poutre du vide sanitaire. Lors de sa visite du chantier le 1er décembre 2022, le maître d'œuvre a relevé encore une fois la non-conformité des travaux aux plans. Il est établi par les comptes rendus du coordinateur du chantier que plusieurs travaux ont été réalisés sans plan et donc sans visa de la maîtrise d'œuvre, en violation des documents contractuels.

10. En sixième lieu, il résulte des éléments fournis que, s'agissant tant du chantier de restructuration du collège de Lussac que de l'opération de conception-réalisation du collège Gisèle Halimi à Mérignac, la SAS Aqio s'était dispensée de déclarer des sous-traitants, rendant nécessaire en particulier l'édition d'une mise en demeure par le maître d'ouvrage, par envoi du 1er avril 2022. La

société Aqio ne peut sérieusement s'exonérer de ses obligations en invoquant le fait des sous-traitants.

11. En septième lieu, s'agissant du marché de conception-réalisation du collège Gisèle Halimi, la société Aqio s'est vu infliger, après avertissements du coordonnateur en matière de sécurité et de protection de la santé restés vains, des pénalités, par ordre de service n° 30 du 5 mai 2022, à raison du non-respect des prescriptions relatives à la sécurité, à l'hygiène et à la signalisation générale du chantier ainsi que d'un dépôt de matériaux, terres et gravois en dehors des zones prescrites.

12. Il résulte de tout ce qui précède que la SAS Aqio a fait preuve, en particulier dans la réalisation des travaux de restructuration du collège de Lussac, de manquements graves et persistants à ses obligations contractuelles, qui ont conduit dans certains cas à la mise en œuvre de pénalités. Dans ces conditions, en prononçant, par la décision contestée, l'exclusion de cette société de la procédure de passation de l'accord-cadre multi-attributaires pour la réalisation de divers travaux sur le patrimoine immobilier des collèges publics de compétence départementale, le département de la Gironde n'a pas fait une inexacte application des dispositions précitées de l'article L. 2141-7 du code de la commande publique. Dès lors, les conclusions de la requête aux fins d'annulation et d'injonction ne peuvent qu'être rejetées.

Sur les conclusions relatives aux frais de l'instance :

13. 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 Gironde, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme dont la SAS Aqio demande le versement au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de cette société une somme de 3 000 euros au profit du département de la Gironde, sur ce fondement. Il n'y a pas lieu, en revanche de faire droit à la demande de la SAS Eiffage Construction Nord Aquitaine tendant à l'application dudit article.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la SAS Aqio est rejetée.

Article 2 : La SAS Aqio versera au département de la Gironde la somme de 3 000 euros en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions de la SAS Eiffage Construction Nord Aquitaine tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société par actions simplifiée (SAS) Aqio, au département de la Gironde, à la SAS Spie Batignolles Sud-Ouest, à la SARL Neveu, à la SARL MAB Sud-Ouest, à la SARL Tonel, à la SAS Garonne BTP et à la SAS Eiffage Construction Nord Aquitaine.

Fait à Bordeaux, le 27 janvier 2023.

Le juge des référés,

J-M. BAYLE La greffière,

C. GIOFFRE

La République mande et ordonne à la préfète de la Gironde en ce qui la concerne, et 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 ordonnance.

Pour expédition conforme,

La greffière,