

TA95  
Tribunal Administratif de Cergy-Pontoise  
2312992  
2023-10-19  
CABANES AVOCATS  
Décision  
Excès de pouvoir

Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés le 2 octobre 2023 et le 19 octobre 2023, les sociétés Hart Berteloot Atelier Architecture Territoire et Architecte -V+, représentées par Me Balaÿ et Me Hermary, demandent à la juge des référés, statuant sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler, au stade de la seconde phase dite de projet, la procédure de passation du marché de maîtrise d'œuvre relatif à la construction d'un équipement événementiel, culturel et associatif au sein du quartier Antonypole d'Antony (Hauts-de-Seine), dans le cadre d'un concours restreint sur esquisse ;

2°) d'enjoindre à la commune d'Antony de reprendre la procédure de passation en réintégrant le groupement auquel elles appartiennent ;

3°) de mettre à la charge de la commune d'Antony la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- leur exclusion de la procédure de passation en litige lèse leurs intérêts ;
- la commune d'Antony ne pouvait leur opposer une situation de conflit d'intérêts au sens et pour l'application de l'article L. 2141-10 du code de la commande publique au motif qu'il existait un rapprochement en cours entre le bureau d'études, la société Initiative pour le développement durable - ingénierie et organisation (Inddigo), membre du groupement dont elles font partie, et l'assistant à maîtrise d'ouvrage mandaté par la commune, la société Attitudes Urbaines, dès lors d'une part que ces deux sociétés ont seulement conclu le 28 juin 2023 une lettre d'intention visant à encadrer des pourparlers dans le cadre d'une éventuelle cession de la société Attitudes Urbaines, qu'aucun des membres de ces sociétés n'a exercé de responsabilités dans l'autre et qu'à ce stade, l'assistant à maîtrise d'ouvrage a seulement participé à la préparation de la procédure, sans analyser les offres ;

- il est loisible à la commune d'Antony de réduire le champ d'intervention de l'assistant à maîtrise d'ouvrage afin d'éviter qu'il participe ultérieurement à l'analyse des offres ;

- en tout état de cause, si la situation de conflit d'intérêts était avérée, la commune d'Antony peut, sur le fondement de l'article L. 2141-13 du code de la commande publique, exclure la société Inddigo du groupement de la procédure de passation du marché en litige, les articles L. 2141-8 et R. 2111-2 du code prévoyant que l'acheteur ne peut recourir à l'exclusion que lorsqu'il ne peut être remédié à la situation par d'autres moyens.

Par un mémoire en défense, enregistré le 17 octobre 2023, la commune d'Antony, représentée par Me Cabanes, conclut :

1°) au rejet de la requête ;

2°) à ce que la somme de 3 000 euros soit mise à la charge des sociétés Hart Berteloot Atelier Architecture Territoire et Architecte -V+ au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que les moyens soulevés ne sont pas fondés, dès lors que la situation de conflit d'intérêts entre les sociétés Inddigo et Attitudes Urbaines est avérée et que l'exclusion de leur groupement de la procédure en cours était la seule solution possible au regard de l'avancement de la

procédure et du rôle prépondérant qu'y joue la société Attitudes Urbaines en sa qualité d'assistant à maîtrise d'ouvrage.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code de justice administrative.

En application des dispositions de l'article L. 511-2 du code de justice administrative,

le président du tribunal a désigné Mme Oriol, vice-présidente, pour statuer sur les requêtes

présentées sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et L. 551-13 de ce même code.

Les parties ont été régulièrement convoquées à l'audience publique du 19 octobre 2023 à 11 heures 30.

Ont été entendus au cours de l'audience publique, tenue en présence de M. Grosperre, greffier d'audience :

- le rapport de Mme Oriol, juge des référés,

- les observations de Me Balaÿ, représentant les sociétés Hart Berteloot Atelier Architecture Territoire et Architecte -V+, qui conclut aux mêmes fins que ses écritures et insiste sur ce que le conflit d'intérêt allégué par la commune d'Antony n'est pas établi et qu'en tout état de cause, si tel était le cas, il était disproportionné d'exclure de la procédure le groupement dans son entier ;

- et les observations de Me Cabanes, représentant la commune d'Antony, qui conclut aux mêmes fins que ses écritures et insiste sur ce que le conflit d'intérêts entre les sociétés Inddigo et Attitudes Urbaines est établi, raison pour laquelle, en présence d'un doute légitime, elle se devait d'exclure le groupement auxquelles appartiennent les sociétés Hart Berteloot Atelier Architecture Territoire et Architecte -V+ de la procédure en cours, dans laquelle la société Attitudes Urbaines joue un rôle prépondérant.

La clôture de l'instruction a été fixée après l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. En 2023, la commune d'Antony (Hauts-de-Seine) a lancé une procédure de consultation en vue de conclure un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à la construction d'un équipement événementiel, culturel et associatif au sein du quartier Antonympole. Cette consultation a été lancée sur le fondement des articles R. 2172-2 et R. 2162-15 à R. 2162-21 du code de la commande publique, sous la forme d'un concours restreint sur esquisse décomposé en deux phases, une première phase dite de candidature, à l'issue de laquelle le groupement composé des sociétés Hart Berteloot Atelier Architecture Territoire et Architecte -V+ et Initiative pour le développement durable - ingénierie et organisation (Inddigo) a été retenu, puis une seconde phase dite de projet, au stade de laquelle le groupement a en revanche été exclu, par courrier du 19 septembre 2023 faisant suite à ses observations, au motif qu'il existait en son sein un risque de conflit d'intérêts au sens de l'article L. 2141-10 du code de la commande publique. Par la présente requête, les sociétés Hart Berteloot Atelier Architecture Territoire et Architecte -V+, estimant que la commune d'Antony a manqué à ses obligations de mise en concurrence en excluant le groupement auquel elles appartiennent de la seconde phase du concours, demandent à la juge des référés précontractuels, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'annulation de la procédure en litige au stade de cette seconde phase et à ce qu'il soit enjoint à la commune d'Antony de réintégrer leur groupement dans la procédure.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

2. 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. "

3. Il résulte de ces dispositions qu'il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration. En vertu de cet article, 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 qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient, dès lors, au juge du référé précontractuel de rechercher si l'opérateur économique qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au

stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

En ce qui concerne l'atteinte au principe d'impartialité :

4. D'une part, aux termes de l'article L. 2141-10 du code de la commande publique : " L'acheteur peut exclure de la procédure de passation du marché les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. / Constitue une telle situation toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché. ". Le principe d'impartialité, principe général du droit, s'impose au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative. Sa méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

5. D'autre part, aux termes de l'article L. 2141-8 du code de la commande publique : " L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui : / () 2° Soit par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens. ". Selon l'article L. 2141-13 du même code : " Lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'acheteur exige son remplacement par un autre opérateur économique qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion du groupement de la procédure. ". Enfin, l'article R. 2111-2 du code dispose que : " L'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché d'un opérateur économique qui aurait eu accès à des informations ignorées par d'autres candidats ou soumissionnaires, en raison de sa participation préalable, directe ou indirecte, à la préparation de cette procédure. / Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, conformément aux dispositions du 2° de l'article L. 2141-8. ".

6. Ainsi qu'il a été dit au point 1 de la présente ordonnance, la commune d'Antony, par courrier du 19 septembre 2023, a exclu le groupement composé des sociétés Hart Berteloot Atelier Architecture Territoire et Architecte -V+ de la seconde phase du concours objet du marché en litige, au motif qu'il existait un risque de conflit d'intérêts au sens de l'article L. 2141-10 du code de la commande publique entre les sociétés Inddigo, membre du groupement, et Attitudes Urbaines, programmiste de l'opération et assistant à maîtrise d'ouvrage, en raison de leur rapprochement capitalistique en cours, la société Attitudes Urbaines ayant vocation à devenir une filiale d'Inddigo. Si, pour s'en défendre, les sociétés Hart Berteloot Atelier Architecture Territoire et Architecte -V+ font valoir que les sociétés Attitudes Urbaines et Inddigo avaient uniquement conclu, le 28 juin 2023, une lettre d'intention visant à encadrer des pourparlers dans le cadre d'une éventuelle cession de la société Attitudes Urbaines, sans qu'un rapprochement eût ultérieurement été finalisé, la commune d'Antony verse à l'instance un courriel du 26 juillet 2023 que lui a adressé le dirigeant de la société Attitudes Urbaines, dans lequel il est indiqué " () sur la période du dernier trimestre 2023 nous devenons une filiale de la société Inddigo. J'ai depuis quelques jours autorisation de l'évoquer en interne ainsi qu'après de nos maîtres d'ouvrage () je me suis permis de vérifier les risques de conflits d'intérêts qui pouvaient exister. () ". La rédaction de ce courriel, postérieur à la lettre d'intention du 28 juin 2023 et rédigé au présent de l'indicatif, révèle qu'à la date de son envoi, le rapprochement entre les deux entités n'était plus éventuel mais certain. De plus, il ressort des liens Internet auxquels renvoie la commune d'Antony dans son mémoire en défense que les sociétés Attitudes Urbaines et Inddigo sont déjà intervenues à plusieurs reprises sur des projets communs après avoir remporté des appels d'offres dans le cadre de groupements momentanés d'entreprises, en 2018 pour la programmation d'un bâtiment bas carbone destiné à l'accueil de visiteurs pour la cité des vins de Bourgogne, en 2020 pour le projet de musée international du cinéma à Cannes et en 2023 pour la maîtrise d'œuvre de la construction du bâtiment de l'école pratique des hautes études, d'une part, et pour la stratégie programmatique et urbaine de restructuration du secteur Gaston Birgé à Angers, d'autre part. Enfin, sur son compte LinkedIn, le dirigeant de la société Attitudes Urbaines a évoqué publiquement la conduite avec la société Inddigo de la mission de programmation architecturale du bâtiment de l'école pratique des hautes études. Dès lors, à supposer même qu'à la date de décision attaquée il n'existât pas de rapprochement de droit entre les deux entités et qu'aucun de leurs dirigeants n'eût exercé de responsabilités au sein des deux structures, il existait en revanche un risque de conflit d'intérêts

entre les sociétés Attitudes Urbaines et Inddigo, partenaires de projets communs depuis plusieurs années et en phase avancée d'un rapprochement capitalistique attendu au plus tard pour la fin de l'année 2023.

7. Si, pour relativiser ce risque, les sociétés Hart Berteloot Atelier Architecture Territoire et Architecte -V+ font valoir que la société Attitudes Urbaines a seulement participé à la préparation de la procédure à suivre dans le marché en litige sans être à ce stade intervenue dans le processus de sélection en cours pour la seconde phase, il résulte au contraire de l'instruction, notamment de l'acte d'engagement de la mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage que lui a confiée la commune d'Antony, que la société Attitudes Urbaines a non seulement défini le programme, rédigé le cahier des charges et défini les critères de sélection des candidats et des offres, mais également analysé les candidatures présentées sur la base des critères qu'elle a elle-même définis et proposé au jury les groupements à retenir pour la phase dite de projet. De même, la mission qui lui a été confiée va la conduire à analyser les projets des candidats retenus au stade de la première phase, à participer aux échanges et aux négociations et à rédiger le rapport d'analyse qui sera finalement soumis au jury. Dans ces conditions, c'est à bon droit que la commune d'Antony, pour éviter tout risque juridique d'atteinte au principe d'impartialité, a estimé que la société Attitudes Urbaines, dès lors qu'elle était susceptible d'influencer l'issue de la procédure en cours dont elle est entièrement partie prenante, se trouvait en situation de conflits d'intérêts, au sens et pour l'application des dispositions précitées de l'article L. 2141-10 du code de la commande publique. La circonstance que la société Attitudes Urbaines aurait veillé à ne pas favoriser le groupement de la société Inddigo, qu'elle aurait indiqué ne pas avoir proposé au jury de la première phase dans sa " short list ", est à cet égard sans incidence.

8. A titre subsidiaire, les sociétés Hart Berteloot Atelier Architecture Territoire et Architecte -V+ font valoir que les dispositions précitées des articles L. 2141-8, L. 2141-13 et R. 2111-2 du code de la commande publique permettaient à la commune d'Antony de mettre fin au conflit d'intérêts en cause par d'autres moyens, notamment en adaptant les missions de l'assistance à maîtrise d'ouvrage de la société Attitudes Urbaines afin qu'elle ne participe pas à l'analyse des offres de la phase dite de projet ou en exigeant de leur groupement qu'il remplace la société Inddigo par un autre membre. Toutefois, comme le relève la commune d'Antony, l'objet et la nature mêmes du contrat ainsi que l'état d'avancement de la procédure, arrivée en phase dite de projet, faisaient obstacle, sauf à passer un nouveau marché d'assistance et à reprendre conséquemment toute la procédure, à la restriction des attributions de l'assistant à maîtrise d'ouvrage, agissant seul et non en groupement et lequel, en tout état de cause, s'était déjà trouvé en situation de conflit d'intérêts au stade de la sélection des candidats de la première phase, la lettre d'intentions du 28 juin 2023 ayant nécessairement fait suite à des pourparlers en amont. De même, le remplacement de la société Inddigo au sein du groupement constitué des sociétés requérantes n'aurait pas permis de neutraliser le conflit d'intérêts en cause, constitué ainsi qu'il vient d'être dit dès le stade de la phase dite de candidature, du fait de la participation déterminante de l'assistant à maîtrise d'ouvrage, la société Attitudes Urbaines, dans la procédure en cours d'attribution du marché. De plus, dans le cadre d'un concours restreint sur esquisse et en deux phases, le groupement auquel appartiennent les sociétés requérantes a été choisi parmi plus de 190 candidats pour ses caractéristiques intrinsèques, lesquelles seraient nécessairement différentes en cas de remplacement d'Inddigo par un nouveau bureau d'études, circonstance dont il n'est au demeurant pas contesté qu'elle ne serait pas justifiable vis-à-vis des groupements non retenus au stade de la première phase. Contrairement à ce que soutiennent les sociétés requérantes, la commune d'Antony était donc fondée à exclure le groupement auquel elles appartiennent dans sa globalité.

9. Il résulte de ce qui précède que les sociétés Hart Berteloot Atelier Architecture Territoire et Architecte -V+ ne sont pas fondées à soutenir que c'est à tort que le groupement auquel elles appartiennent, avec la société Inddigo, a été exclu de la procédure au stade de la seconde phase dite projet. Il y a donc lieu de rejeter leurs conclusions à fin d'annulation et d'injonction.

Sur les frais liés au litige :

10. La commune d'Antony n'étant pas la partie perdante à l'instance, il y a lieu de rejeter les conclusions des sociétés Hart Berteloot Atelier Architecture Territoire et Architecte -V+ présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Dans les circonstances de l'espèce, il y a également lieu de rejeter les conclusions de la commune d'Antony présentées sur le même fondement.

ORDONNE :

Article 1er : La requête des sociétés Hart Berteloot Atelier Architecture Territoire et Architecte -V+ est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la commune d'Antony présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée aux sociétés Hart Berteloot Atelier Architecture Territoire et Architecte -V+ et à la commune d'Antony.

Fait, à Cergy, le 19 octobre 2023.

La juge des référés,

Signé

C. Oriol

La République mande et ordonne au préfet des Hauts-de-Seine 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.