

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BORDEAUX**

N°2204380

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Mme BALGUERIE
M. LACOUR
M. LE BARS
M. BONNEFOI

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Bordeaux

Mme Fanny Caste
Rapporteure

(1^{ère} chambre)

Mme Aurore Denys
Rapporteure publique

Audience du 30 avril 2024
Décision du 15 mai 2024

D

Vu la procédure suivante :

Par une requête et deux mémoires, respectivement enregistrés le 9 août 2022, le 20 septembre 2023 et le 27 novembre 2023, ce dernier n'ayant pas été communiqué, Mme Axelle Balguerrie, M. Dominique Lacour, M. Jean-Hervé Le Bars et M. Bruno Bonnefoi, représentés par Me Chamberland-Poulin, demandent au tribunal, dans le dernier état de leurs écritures :

1°) d'annuler la décision du maire de la commune de Tresses n°14/2022 ainsi que l'avenant n°3 au marché de maîtrise d'œuvre n°2019-3 du 19 décembre 2019, du 25 mai 2022 ;

2°) d'enjoindre à la commune de Tresses de publier un nouvel appel d'offre pour le marché de maîtrise d'œuvre suivant une procédure formalisée de mise en concurrence dans un délai d'un mois à compter de la date du jugement à intervenir et, dans l'attente, d'interrompre l'exécution de l'avenant n° 3 et de tous travaux afférant à la restructuration/ démolition/ extension/ construction de l'école maternelle de Tresses, et ce, sous astreinte de 500 euros par jour de retard ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Tresses la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

- le 19 décembre 2019, la commune de Tresses a conclu un marché public avec le cabinet d'architectes A2M pour la maîtrise d'œuvre de la restructuration et une extension de l'école maternelle ; en 2021, des inondations catastrophiques ont touché très fortement une partie du territoire de cette commune, dont l'école maternelle, au point que certains espaces ne sont plus utilisables ; le 25 mai 2022, le maire de Tresses a signé un avenant concernant le marché de maîtrise d'œuvre pour

un chantier non plus de restructuration et d'extension des locaux de l'école maternelle mais de démolition et construction d'une nouvelle école sur le même site (reçu en préfecture le 8 juin 2022), après s'être autorisé par décision n°14/2022 du même jour à le signer ; cet avenant n°3 apporte des modifications substantielles quant à l'objet du marché, il est d'un montant bien plus important comparé à celui initial et, par suite, change sans conteste la nature globale du marché ;

En ce qui concerne la décision du 25 mai 2022 :

- elle a été adoptée par une autorité incompétente ;
- elle est insuffisamment motivée ;
- elle est illégale dès lors que l'avenant qu'elle autorise le maire à signer est lui-même illégal ;

En ce qui concerne l'avenant n°3 :

- il a été signé par une autorité incompétente dès lors que le nom et la qualité de l'auteur de cette signature ne sont pas identifiables ;

- il n'a été procédé à aucune publication d'un avis relatif à la signature de cet avenant au bulletin officiel des annonces de marchés publics ni au journal officiel de l'Union européenne ;

- eu égard à l'objet de cet avenant qui a modifié le projet de restructuration et d'extension de l'école maternelle en la construction d'une nouvelle école et a modifié le montant du marché de manière exponentielle, la commune doit être regardée comme ayant conclu un nouveau marché sans respect de l'obligation de publicité et de mise en concurrence ; ce faisant, elle a méconnu l'article L. 3 du code de la commande publique et l'article L. 2194-1 de ce code ;

- à ce jour, la commune n'a obtenu des permis de construire que pour la démolition de l'école maternelle et l'agrandissement de l'école provisoire ; ces permis ayant été affichés le 15 juin 2022, le délai de recours contentieux n'ayant pas expiré, la commune n'aurait pas dû débiter les travaux de démolition de l'ancienne école avant le 16 août 2022 ;

- en changeant le projet relatif à l'ancienne école maternelle, le maire de la commune a méconnu les obligations qu'il tient de ses pouvoirs de police prévus aux articles L. 2212-1 et L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, vu les risques d'inondation existant sur cette parcelle ;

- l'illégalité commise justifie une annulation ou une résiliation de cet avenant ; il n'y aurait pas d'atteinte excessive à l'intérêt général dès lors que les enfants sont accueillis dans une école provisoire dans des bâtiments modulaires neufs et que la continuité pédagogique et du service public est maintenu ; l'atteinte excessive à l'intérêt général porte aujourd'hui plutôt sur le maintien de l'école provisoire sur le site de l'ancienne école le temps des travaux, quelle que soit leur durée, en raison de la persistance, à cet endroit, du risque d'inondation que la commune reconnaît aux termes de ses écritures ;

- il ne sera pas fait droit à la demande de résiliation de l'avenant avec effet différé sollicitée par la commune dès lors que le prononcé d'une telle mesure permettrait de poursuivre voire terminer les travaux de construction, vidant de tout intérêt le recours exercé.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 6 mars 2023 et le 20 octobre 2023, la commune de Tresses, représentée par Me Bernadou, conclut :

1°) à titre principal, au rejet de la requête ;

2°) à titre subsidiaire, à ce qu'il soit seulement prononcé une résiliation à effet différé de l'avenant n°3 ;

3°) dans tous les cas, à ce qu'il soit mis la charge des requérants la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les moyens soulevés par les requérants ne sont pas fondés ;
- une annulation du contrat porterait une atteinte excessive à l'intérêt général.

Par un courrier en date du 20 mars 2024, les parties ont été informées, en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, que le jugement était susceptible de se fonder sur le moyen relevé d'office tiré de l'irrecevabilité des seules conclusions tendant à l'annulation de la décision n°14/2022 du maire de la commune de Tresses autorisant la signature de l'avenant n°3, en application du principe selon lequel les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale concernée sont seulement recevables à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- le code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Caste,
- les conclusions de Mme Denys, rapporteure publique,
- les observations de Me Chamberland-Poulin représentant les requérants et de Me Bernadou représentant la commune de Tresses.

Considérant ce qui suit :

1. La commune de Tresses a engagé en 2019 une consultation selon la procédure adaptée en vue de la restructuration et de l'extension de l'école maternelle de la commune. Par acte d'engagement du 19 décembre 2019, le groupement conjoint composé du cabinet d'architecte A2M et de la SAS Betem Aquitaine a été déclaré attributaire du marché de maîtrise d'œuvre à procédure adaptée portant sur ce projet. Par un avenant n°1 à ce marché en date du 23 avril 2020, Mme Maitre, architecte, a été désignée comme mandataire du groupement attributaire. Par un avenant n°2 du 2 août 2021, il a été procédé à la modification de l'article 4.2.1 du cahier des clauses administratives particulières relatif à l'échéancier de paiement des acomptes ainsi qu'à la modification du taux de rémunération de la mission de base du maître d'œuvre et le forfait définitif de rémunération de l'équipe de maîtrise d'œuvre a été déterminé à la suite de la validation de l'avant-projet définitif par le maître d'ouvrage. Enfin, par un avenant n°3 en date du 25 mai 2022, la rémunération définitive de la maîtrise d'œuvre a été portée à la somme de 545 379,64 euros HT, compte tenu du montant définitif des travaux tel qu'estimé au stade de l'avant-projet définitif. Par la présente requête, Mme Balguerie, M. Lacour, M. Le Bars et M. Bonnefoi, élus de la commune de Tresses, demandent l'annulation de la décision du maire de Tresses l'autorisant à signer l'avenant n°3 ainsi que l'annulation de cet avenant.

Sur les conclusions tendant à l'annulation de la décision du maire de la commune :

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant

le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi. La légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini, sauf si les actes d'approbation d'un contrat mentionnés ci-dessus émanent d'une autorité distincte des parties contractantes, qui concernent des contrats déjà signés et qui sont nécessaires à leur entrée en vigueur.

3. La décision du 25 mai 2022 par laquelle le maire de la commune de Tresses s'est autorisé à procéder à la signature de l'avenant n°3 au marché de maîtrise d'œuvre n'émane pas d'une autorité publique distincte de celle qui a procédé, postérieurement, à la signature du contrat. Dès lors, seule la validité du contrat pouvant être contestée au regard du principe rappelé au point précédent, les conclusions aux fins d'annulation de cette décision sont irrecevables. Il y a lieu de les rejeter pour ce motif.

Sur la validité du contrat :

4. En premier lieu, aux termes de l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales : « *Le maire peut, en outre, par délégation du conseil municipal, être chargé, en tout ou partie, et pour la durée de son mandat : / (...) / 4° De prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres ainsi que toute décision concernant leurs avenants, lorsque les crédits sont inscrits au budget (...)* ».

5. Le signataire de l'avenant n°3 est M. Christian Soubie, maire de la commune de Tresses. Par une délibération du 25 mai 2020, le conseil municipal de la commune de Tresses l'a chargé, en application du 4° de l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales, de prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres ainsi que toute décision concernant leurs avenants, lorsque les crédits sont inscrits au budget. Il n'est pas allégué que les crédits correspondant à l'avenant contesté n'auraient pas été inscrits au budget. Par suite, le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte doit être écarté comme manquant en fait.

6. En deuxième lieu, les moyens tirés de ce que le permis de construire permettant la réalisation du projet tel qu'issu de l'avenant n°3 n'aurait pas été délivré avant sa signature, et de celui tiré de ce que les travaux en cause représentent un danger pour les personnels ainsi que les élèves de l'école, qui ont trait aux conditions d'exécution de l'avenant n°3 sont sans incidence sur sa validité.

7. Enfin, d'une part, aux termes de l'article L. 2194-1 du code de la commande publique : « *Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque : 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ; 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ; / 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ; (...)* / 5° Les modifications ne sont pas substantielles ; / 6° Les modifications sont de faible montant. / *Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché* ». Aux termes de l'article R. 2194-5 de ce code : « *Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir. / Dans ce cas, les dispositions des articles R. 2194-3 et R. 2194-4 sont applicables.* ». Et aux termes de l'article R. 2194-8 du même code : « *Le marché peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens qui figurent dans l'avis annexé au présent code et à*

10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article R. 2194-7 sont remplies. / Les dispositions de l'article R. 2194-4 sont applicables au cas de modification prévue au présent article ».

8. D'autre part, aux termes de l'article R. 2194-7 du code de la commande publique : « **Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles.** Pour l'application de l'article L. 2194-1, une modification est substantielle, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie : / 1° Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ; / 2° Elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ; / 3° Elle modifie considérablement l'objet du marché ; / 4° Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R. 2194-6 ».

9. **L'objet du marché public de maîtrise d'œuvre à procédure adaptée conclu le 19 décembre 2019** entre la commune de Tresses et le groupement conjoint de maîtrise d'œuvre composé du cabinet d'architecte A2M et de la SAS Betem Aquitaine porte **sur la restructuration et l'extension de l'école maternelle de la commune et fixe le prix de ce marché à la somme de 147 600 euros HT, compte tenu de l'enveloppe financière prévisionnelle des travaux d'un montant de 1 500 000 euros HT.** Par l'avenant n°2 à ce marché du 2 août 2021, à la suite de la validation par le maître de l'ouvrage de l'avant-projet définitif relatif à la restructuration et à l'extension de l'école maternelle portant le montant des travaux à 2 574 000 euros HT, la rémunération de la maîtrise d'œuvre a été fixée à la somme forfaitaire de 220 077 euros HT. Or, il résulte de la lecture des termes de **l'avenant n°3 en litige** que celui-ci, en tirant les conséquences de l'augmentation du coût des travaux à la somme de 5 542 476 euros HT à la suite de la remise d'un avant-projet définitif portant sur **la démolition et la reconstruction de cette école, porte la rémunération de la maîtrise d'œuvre à la somme de 545 379,64 euros HT, soit une augmentation de près de 270 % du montant du marché initial et de l'ordre de 147 % au regard de l'avenant n°2.** Il est également constant que **cet avenant porte sur des prestations dont la nature diffère de celles prévues au marché initial et qui ont pour conséquence d'en changer l'objet.** Compte tenu du surcoût induit par rapport au marché initial et à l'avenant n°2 et de la modification de l'objet, **l'avenant en litige a changé la nature globale du marché du 19 décembre 2019.** Dans ces conditions, **la commune, qui ne se trouvait pas dans l'un des cas de modifications rendus possibles par les dispositions de l'article L. 2194-1 du code de la commande publique, ne pouvait procéder à l'adoption de l'avenant n°3 qui aurait dû, au vu de son montant, être soumis à de nouvelles formalités de publicité et de mise en concurrence relatives aux marchés passés selon une procédure formalisée, en application des articles L. 2131-1 et L. L2124-1 du code de la commande publique.** En s'en dispensant, **elle a méconnu les dispositions de ces articles ainsi que celles de l'article 3 du code de la commande publique. Ces vices affectent la validité de l'avenant n°3.**

En ce qui concerne les conséquences de l'irrégularité commise :

10. Saisi par un tiers dans les conditions définies au point 2, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la

poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

11. **Eu égard à sa nature, à son ampleur et aux circonstances dans lesquelles elle a été commise, l'irrégularité constatée au point 9 du présent jugement constitue un vice d'une particulière gravité pouvant justifier l'annulation totale du contrat.** Toutefois, il résulte de l'instruction, notamment du courrier de la Fédération des conseils de parents d'élèves, que les enfants bénéficient depuis la rentrée 2022 d'une école provisoire laquelle ne dispose ni d'une cour de récréation suffisamment spacieuse pour leur permettre de jouer en toute sécurité ni d'une partie couverte, que l'école provisoire se situe sur la même zone que celle des travaux et que deux classes de grande section sont localisées au sein de l'école élémentaire, nécessitant un minimum de six traversées de route par jour par les enfants. Il résulte également de l'instruction que la livraison de l'école maternelle est prévue à la rentrée 2024, soit moins de quatre mois après la notification du présent jugement. **Eu égard aux conditions dans lesquelles le service public de l'éducation est assuré depuis la rentrée 2022 s'agissant de très jeunes enfants et compte tenu de la livraison prochaine de l'ouvrage, à même de garantir la continuité de ce service public dans des conditions normales, le prononcé de l'annulation de l'avenant litigieux porterait une atteinte excessive à l'intérêt général.**

12. Il en résulte que **les conclusions à fin d'annulation de l'avenant n°3 doivent être rejetées.** Il en va de même par voie de conséquence des conclusions à fin d'injonction.

Sur les frais liés au litige :

13. Dans les circonstances très particulières de l'espèce, **il y a lieu de mettre à la charge de la commune de Tresses la somme de 2 000 euros à verser raison d'un quart à chacun des requérants** sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions présentées sur le même fondement par la commune de Tresses.

DECIDE:

Article 1^{er} : **Il est mis à la charge de la commune de Tresses la somme de 2 000 euros à verser aux requérants** à hauteur d'un quart chacun sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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

Article 3 : Les conclusions présentées par la commune de Tresses sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à Mme Axelle Balguerie, à M. Dominique Lacour, à M. Jean-Hervé Le Bars, à M. Bruno Bonnefoi et à la commune de Tresses.

Copie sera délivrée au Procureur de la République près le tribunal judiciaire de Bordeaux

Délibéré après l'audience du 30 avril 2024, à laquelle siégeaient :

- Mme Zuccarello, présidente,
- Mme Jaouën, première conseillère,
- Mme Caste, première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 15 mai 2024.

La rapporteure,

La présidente,

F. CASTE

F. ZUCCARELLO

La greffière,

M. LEMAIRE

La République mande et ordonne au préfet de la Gironde 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.

Pour expédition conforme,
La greffière,



