

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LA REUNION**

cj

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

REPUBLIQUE FRANÇAISE

SAS VINCI CONSTRUCTION
GRANDS PROJETS
SA BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS
SAS DODIN CAMPENON BERNARD
SAS DEMATHIEU BARD CONSTRUCTION

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de La Réunion

M. Lassaux
Rapporteur

(1^{ère} chambre)

M. Felsenheld
Rapporteur public

Audience du 26 novembre 2024
Décision du 28 janvier 2025

C

Vu la procédure suivante :

I. Par une requête et des mémoires enregistrés, sous le n°1900276, les 26 février 2019, 26 décembre 2022, 14 février 2023, 28 avril 2023, 12 juillet 2023 et le 2 février 2024, la société Vinci Construction Grands Projets, la société Bouygues Travaux Publics, la société Dodin Campenon Bernard et la société Demathieu Bard Construction, représentées par Me Balique et Me Cabanes, doivent être regardées comme demandant au tribunal, dans le dernier état de leurs écritures :

1°) de condamner la région Réunion à leur verser la somme de 10 932 680 euros hors taxes, assortie des intérêts moratoires contractuels à compter de la présentation des situations mensuelles de paiement et de leur capitalisation, au titre de l'exécution du marché n° MT3 portant sur la construction du viaduc de la nouvelle route du littoral ;

2°) de mettre à la charge de la région Réunion la somme de 20 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

Elles soutiennent que :

- il y a toujours lieu de statuer sur leur demande dès lors que le groupement d'entreprises a déjà actualisé ses demandes pour tenir compte des règlements opérés et que le versement complémentaire était conditionné à des désistements de leur part ;

- dans son avis du 14 novembre 2023, le Conseil d'Etat a considéré que dans le cadre d'une conciliation ou d'une médiation, il convient de distinguer les documents élaborés au cours de la médiation qui font état de la position du médiateur ou des parties et qui doivent rester confidentiels des autres informations techniques ou factuelles qui peuvent quant à elles être divulguées dans le cadre contentieux ; le rapport de M. Favre peut donc être communiqué ;

- la région Réunion devait appliquer le prix unitaire « fouilles en mer » n° 53100.00 V sur l'ensemble du volume de matériaux dragués et non un prix nouveau fondé sur l'article 14 du CCAG Travaux comme elle l'a fait ;

- en effet, dans le cas des marchés à prix unitaire, si le montant du prix global de la prestation n'est déterminé qu'en fin d'exécution des travaux et en fonction des quantités effectivement réalisées, chacun des prix unitaires stipulés pour chaque nature de prestation est fixé *ne varietur* et apparaît en lui-même comme forfaitaire, le prix unitaire étant réputé couvrir l'ensemble des coûts correspondant à la prestation qu'il rémunère ;

- dès lors que l'article 3.3.3 du CCAP du marché n° MT3 prévoit que lorsque les ouvrages ou travaux non prévus au marché mais de type analogue à ceux du marché sont exécutés, il doit être fait application des prix du BPU du marché, les fouilles en mer doivent être rémunérées par application du prix unitaire quelles que soient les conditions d'exécution de cette prestation dans la mesure où il s'agit de travaux comparables ou équivalents ; à cet égard, l'article 3.3.3 du CCAP ne contient pas de stipulations dérogatoires au CCAG Travaux qui ne seraient pas reprises dans un article spécifique du CCAP et les stipulations dérogatoires non mentionnées dans un article « balai » ne sont pas réputées non écrites par le CCAG Travaux applicable au marché ou par les dispositions du code des marchés publics applicable au litige ;

- en tout état de cause, dès lors que la prestation de fouilles en mer n'a pas été réalisée par un ordre de service préalable, à supposer même que les prix nouveaux se justifiaient, n'étant pas devenus définitifs, ils ne lui seraient pas opposables, ce qui fait alors obstacle à l'application de l'article 14 du CCAG Travaux ;

- les prestations dites de « fouilles en mer avec dépôt définitif » et de « remblaiement autour des piles » étant contractuellement définies par le marché n° MT3, il n'y a pas lieu d'appliquer des prix nouveaux ; en effet, le prix unitaire « fouilles en mer » comprend l'ensemble des diligences nécessaires à l'exécution des prestations ; à cet égard, la mise en stockage à terre n'était pas systématique mais constituait un préalable à une mise en décharge ou un réemploi pour remblaiement des piles ; le prix unitaire prévoyait une mise en dépôt provisoire ou définitif sans qu'il soit mentionné si les matériaux devaient être mis à terre préalablement ; le CCTP du marché ne le précisait pas davantage ; la mise en stockage à terre n'a d'ailleurs concerné que les matériaux destinés à une mise en décharge ou à remblayer les piles ; l'arrêté « loi sur l'eau » et le dossier qui l'autorise prévoyaient la possibilité d'un clapage des sédiments sous la future digue ou dans un piège à cailloux et le CCAP fait référence à cette autorisation à ses articles 2 et 8.4.11.1 ; de manière générale, le prix unitaire précise ce qu'il est réputé prendre en charge mais n'a ni pour objet ni pour effet de prescrire lui-même telle ou telle prescription technique d'exécution ;

- à supposer même que les modalités de dépôt et de stockage puissent révéler un manquement contractuel du groupement d'entreprises, ce qu'elles contestent, en tout état de cause, l'effet exonératoire de la réception s'oppose à ce que cet éventuel manquement contractuel soit pris en compte au moment du paiement des prestations réalisées ; la prestation de « fouilles en mer » a bien été entièrement exécutée, alors même que les conditions

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

d'exécution peuvent différer par rapport à ce que l'offre avait pu envisager ; dès lors, il n'y a pas de moins-value justifiant l'application d'un prix nouveau ;

- la circonstance que le détail estimatif présente des quantités de matériaux à extraire inférieures à celles effectivement extraites ne remet pas en cause l'application d'un principe d'une rémunération des quantités réellement exécutées ; elles sont donc en droit d'obtenir la rémunération d'un volume de fouilles estimé à 512 961 m³ ;

- l'article 3.8 du CCAP du marché n° MT3 ne fait pas obstacle à ce qu'elles puissent solliciter la rémunération des volumes de fouilles en mer ; en effet, cette clause de forclusion ne peut pas s'appliquer, dès lors qu'aucun délai n'est déterminé et qu'aucune action n'est précisée ; en outre, la commune intention des parties qui implique d'interpréter le contrat en conférant à celui-ci une cohérence d'ensemble comme le rappellent les articles 1188 et 1189 du code civil conduit à regarder cette clause comme l'expression d'un devoir de conseil qui s'apprécie comme une simple obligation de moyens ; ne sont donc sanctionnés que des manquements qui conduisent à une perte de chance d'éviter un risque auquel le maître d'ouvrage est exposé ; en tout état de cause, la région doit être regardée comme ayant renoncé à invoquer cette clause, dès lors qu'elle rejetait leur réclamation sans opposer de telles stipulations ;

- un tableau détaille les quantités réalisées mois par mois et reprises par les situations présentées à mesure de la réalisation des travaux ainsi que les dates auxquelles ces situations auraient dû être réglées ; sur la base de ce tableau, le tribunal pourra déterminer les dates de point de départ des intérêts moratoires.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 14 février 2023, 7 juin 2023 et 26 mars 2024, la région Réunion, représentée par Me K'Jan, doit être regardée comme concluant :

1°) au non-lieu à statuer sur les demandes des sociétés Vinci Construction Grands Projets, Bouygues Travaux Publics Dodin Campenon Bernard et Demathieu Bard Construction dans la limite de 20 010 298 euros hors taxes, s'agissant de la DRC F3a ;

2°) à titre subsidiaire, si la somme de 10 000 000 euros hors taxes versée au titre d'une plus-value dans le cadre de la décision du 23 décembre 2022 est considérée comme due, au non-lieu à statuer, s'agissant des DRC F3 a et F3b, dans la limite de la somme globale de 35 088 460 euros hors taxes accordée au titre des décisions des 12 décembre 2021 et 23 décembre 2022 ;

3°) au rejet du surplus des conclusions de la requête ;

4°) à ce que les sociétés Vinci Construction Grands Projets, Bouygues Travaux Publics Dodin Campenon Bernard et Demathieu Bard Construction restituent la somme de 10 000 000 euros hors taxes qui leur a été versée à la condition qu'elles se désistent des instances n°s 1900276 et 1900277 ;

5°) à ce que soit mise à la charge de la société Vinci Construction Grands Projets une somme de 25 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- à titre principal, le litige relatif aux deux demandes de rémunération complémentaire F3a et F3b ne porte plus que sur la somme de 54 934 215 euros hors taxes dès

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

lors qu'elle a versé la somme de 25 088 460,40 euros hors taxes résultant de l'application de deux prix nouveaux se répartissant à hauteur de 20 010 298 euros au titre de la DRC F3a et de 5 078 162 euros au titre de la DRC F3b ;

- à l'issue de la décision du 23 décembre 2022, elle a accordé un complément de rémunération de 10 000 000 euros hors taxes qui vaut pour les deux DRC ;

- le surplus des conclusions indemnitaires est irrecevable au regard des règles de forclusion déterminées à l'article 3.8 du CCAP, s'agissant des volumes de fouilles ayant fait l'objet d'un pré-terrassement non prévu, dès lors que le groupement d'entreprises ne l'a pas alertée de la nécessité d'effectuer des pré-terrassements dans des conditions non prévues au contrat pour un volume de fouilles de 30 000 m³ et ne l'a informée que tardivement de la règle du « vide pour plein » qui concerne l'évaluation des prestations de remblais ;

- à titre subsidiaire, aucun des moyens de la requête n'est fondé ;

- le groupement d'entreprises doit restituer la somme de 10 000 000 euros hors taxes, soit 10 850 000 euros toutes taxes comprises, qui a été versée en application de la décision du 23 décembre 2022 sous la condition qu'il se désiste des instances n°s 1900276 et 1900277.

Par ordonnance du 8 avril 2024 la clôture de l'instruction a été fixée, en dernier lieu, au 22 avril 2024.

Un mémoire en défense et des pièces complémentaires ont été produits le 5 novembre 2024, après la clôture de l'instruction, et n'ont pas été communiqués.

En application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, les parties ont été informées, par une lettre du 7 novembre 2024, que le tribunal était susceptible d'écarter d'office l'application des stipulations de l'article 3.3.8 du CCAP en tant qu'elles se réfèrent à un taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points de pourcentage, et de retenir le taux d'intérêt majoré fixé par les dispositions de l'article 8 du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013, dès lors que les parties ne peuvent déroger contractuellement auxdites dispositions de l'article 8 du décret du 29 mars 2013, qui sont d'ordre public conformément à l'article 67 de la loi n° 94-679 du 8 août 1994.

Par une lettre du 18 novembre 2024, le tribunal a invité les parties, en application de l'article R. 613-1-1 du code de justice administrative, à produire des pièces pour compléter l'instruction. Le 19 novembre 2024, la région Réunion a produit les pièces demandées par le tribunal, qui les a communiquées aux sociétés requérantes le lendemain.

II. Par une requête et des mémoires enregistrés, sous le n°1900277, les 26 février 2019, 26 décembre 2022, 14 février 2023, 28 avril 2023, 12 juillet 2023 et le 2 février 2024, la société Vinci Construction Grands Projets, la société Bouygues Travaux Publics, la société Dodin Campenon Bernard et la société Demathieu Bard Construction, représentées par Me Balique et Me Cabanes, doivent être regardées comme demandant au tribunal dans le dernier état de leurs écritures :

1°) de condamner la région Réunion à leur verser la somme de 44 295 262 euros hors taxes, assortie des intérêts moratoires contractuels à compter de la présentation des situations mensuelles de paiement, et de leur capitalisation, au titre de l'exécution du marché n° MT3 portant sur la construction viaduc de la nouvelle route du littoral ;

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

2°) de mettre à la charge de la région Réunion la somme de 25 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- dans son avis du 14 novembre 2023, le Conseil d'Etat a considéré que dans le cadre d'une conciliation ou d'une médiation, il convient de distinguer les documents élaborés au cours de la médiation qui font état de la position du médiateur ou des parties et qui doivent rester confidentiels des autres informations techniques ou factuelles qui peuvent quant à elles être divulguées dans le cadre contentieux ; le rapport de M. Favre peut donc être communiqué ;

- la région Réunion devait appliquer le prix unitaire « fouilles en mer » n° 53100.00 V sur les travaux de remblaiement par des matériaux sablo-graveleux et non un prix nouveau fondé sur l'article 14 du CCAG Travaux comme elle l'a fait ;

- en effet, dans le cas des marchés à prix unitaire, si le montant du prix global de la prestation n'est déterminé qu'en fin d'exécution des travaux et en fonction des quantités effectivement réalisées, chacun des prix unitaires stipulés pour chaque nature de prestation est fixé *ne varietur* et apparaît en lui-même comme forfaitaire, le prix unitaire étant réputé couvrir l'ensemble des coûts correspondant à la prestation qu'il rémunère ;

- dès lors que l'article 3.3.3 du CCAP du marché n° MT3 prévoit que lorsque les ouvrages ou travaux non prévus au marché mais de type analogue à ceux du marché sont exécutés, il doit être fait application des prix du BPU du marché, les travaux de remblaiement en matériaux sablo-graveleux doivent être rémunérés par application du prix unitaire quelles que soient les conditions d'exécution de cette prestation dans la mesure où il s'agit de travaux comparables ou équivalents ; à cet égard, l'article 3.3.3 du CCAP ne contient pas de stipulations dérogatoires au CCAG Travaux qui ne seraient pas reprises dans un article spécifique du CCAP et les stipulations dérogatoires non mentionnées dans un article « balai » ne sont pas réputées non écrites par le CCAG Travaux applicable au marché ou par les dispositions du code des marchés publics applicable au litige ;

- en tout état de cause, dès lors que la prestation de remblaiement en matériaux sablo-graveleux n'a pas été réalisée par un ordre de service préalable, à supposer même que les prix nouveaux se justifiaient, n'étant pas devenus définitifs, ils ne lui seraient pas opposables, ce qui fait alors obstacle à l'application de l'article 14 du CCAG Travaux ;

- les prestations dites de « fouilles en mer avec dépôt définitif » et de « remblaiement autour des piles » étant contractuellement définies par le marché n° MT3, il n'y a pas lieu d'appliquer des prix nouveaux ; en effet, le prix unitaire de remblaiement en matériaux sablo-graveleux ne déterminait pas la provenance des matériaux qui n'avaient pas à provenir nécessairement d'une carrière ; l'offre n'est pas une pièce contractuelle ;

- la prestation de remblaiement a bien été entièrement exécutée et il n'y a pas de moins-value justifiant l'application d'un prix nouveau ;

- la rémunération du volume de remblais se fait au regard du volume de fouilles constatés dans les plans d'exécution, comme le prévoit le prix unitaire ;

- le service fait a été constaté, dès lors que les travaux ont été réceptionnés ;

- il n'y a pas d'erreur matérielle dont personne ne pourrait se prévaloir de bonne foi ;

- la mise au point contient les prix unitaires établis d'un commun accord et le détail estimatif est adapté en cohérence avec le bordereau des prix unitaire, le prix global restant inchangé ;

- l'article 3.8 du CCAP du marché n° MT3 ne fait pas obstacle à ce qu'elles puissent solliciter la rémunération des travaux de remblaiement par matériaux sablo-graveleux ; en effet, cette clause de forclusion ne peut pas s'appliquer, dès lors qu'aucun délai n'est déterminé et qu'aucune action n'est précisée ; en outre, la commune intention des parties qui implique

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

d'interpréter le contrat en conférant à celui-ci une cohérence d'ensemble comme le rappellent les articles 1188 et 1189 du code civil conduit à regarder cette clause comme l'expression d'un devoir de conseil qui s'apprécie comme une simple obligation de moyens ; ne sont donc sanctionnés que des manquements qui conduisent à une perte de chance d'éviter un risque auquel le maître d'ouvrage est exposé ; en tout état de cause, la région doit être regardée comme ayant renoncé à invoquer cette clause, dès lors qu'elle rejetait leur réclamation sans opposer de telles stipulations ;

- un tableau détaille les quantités réalisées mois par mois et reprises par les situations présentées à mesure de la réalisation des travaux ainsi que les dates auxquelles ces situations auraient dû être réglées ; sur la base de ce tableau, le tribunal pourra déterminer les dates de point de départ des intérêts moratoires.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 14 février 2023 et 7 juin 2023, la région Réunion, représentée par Me K'Jan, doit être regardée comme concluant :

1°) au non-lieu à statuer sur les demandes des sociétés Vinci Construction Grands Projets, Bouygues Travaux Publics Dodin Campenon Bernard et Demathieu Bard Construction dans la limite de 5 078 162 euros hors taxes, s'agissant de la DRC F3b ;

2°) à titre subsidiaire, si la somme de 10 000 000 euros versée au titre d'une plus-value dans le cadre de la décision du 23 décembre 2022 est considérée comme due, au non-lieu à statuer, s'agissant des DRC F3 a et F3b, dans la limite de la somme globale de 35 088 460 euros hors taxes, accordée au titre des décisions des 12 décembre 2021 et 23 décembre 2022 ;

3°) au rejet du surplus des conclusions de la requête ;

4°) à ce que les sociétés Vinci Construction Grands Projets, Bouygues Travaux Publics Dodin Campenon Bernard et Demathieu Bard Construction restituent la somme de 10 000 000 euros hors taxes qui leur a été versée à la condition qu'elles se désistent des instances n°s 1900276 et 1900277 ;

5°) à ce que soit mise à la charge de la société Vinci Construction Grands Projets une somme de 25 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- à titre principal, le litige relatif aux deux demandes de rémunération complémentaire F3a et F3 b ne porte plus que sur la somme de 54 934 215 euros hors taxes dès lors qu'elle a versé la somme de 25 088 460,40 euros hors taxes résultant de l'application de deux prix nouveaux se répartissant à hauteur de 20 010 298 euros au titre de la DRC F3a et de 5 078 162 euros au titre de la DRC F3b ;

- à l'issue de la décision du 23 décembre 2022, elle a accordé un complément de rémunération de 10 000 000 euros hors taxes qui vaut pour les deux DRC ;

- le surplus des conclusions indemnitaires est irrecevable au regard des règles de forclusion déterminées à l'article 3.8 du CCAP s'agissant des volumes de fouilles ayant fait l'objet d'un pré-terrassement non prévu dès lors que le groupement d'entreprises ne l'a pas alertée de la nécessité d'effectuer des pré-terrassements dans des conditions non prévues au contrat pour un volume de fouilles de 30 000 m³ et ne l'a informée que tardivement de la règle du « vide pour plein » qui concerne l'évaluation des prestations de remblais ;

- à titre subsidiaire, aucun des moyens de la requête n'est fondé ;

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

- le groupement d'entreprises doit restituer la somme de 10 000 000 euros hors taxes, soit 10 850 000 euros toutes taxes comprises, qui a été versée en application de la décision du 23 décembre 2022 sous la condition qu'il se désiste des instances n°s 1900276 et 1900277.

Par ordonnance du 8 avril 2024 la clôture de l'instruction a été fixée, en dernier lieu, au 22 avril 2024.

Un mémoire en défense et des pièces complémentaires ont été produits le 5 novembre 2024, après la clôture de l'instruction, et n'ont pas été communiqués.

En application de l'article R.611-7 du code de justice administrative, les parties ont été informées, par une lettre du 7 novembre 2024, que le tribunal était susceptible d'écarter d'office l'application des stipulations de l'article 3.3.8 du CCAP en tant qu'elles se réfèrent à un taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points de pourcentage, et de retenir le taux d'intérêt majoré fixé par les dispositions de l'article 8 du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 dès lors que les parties ne peuvent déroger contractuellement auxdites dispositions de l'article 8 du décret du 29 mars 2013, qui sont d'ordre public conformément à l'article 67 de la loi n° 94-679 du 8 août 1994.

Par une lettre du 18 novembre 2024, le tribunal a invité les parties, en application de l'article R. 613-1-1 du code de justice administrative, à produire des pièces pour compléter l'instruction. Le 19 novembre 2024, la région Réunion a produit les pièces demandées par le tribunal, qui les a communiquées aux sociétés requérantes le lendemain.

III. Par une requête et des mémoires enregistrés, sous le n° 2300193, les 14 février 2023, 12 juillet 2023, 6 février 2024 et 18 octobre 2024, la société Vinci Construction Grands Projets, la société Bouygues Travaux Publics, la société Dodin Campenon Bernard et la société Demathieu Bard Construction, représentées par Me Balique et Me Cabanes, doivent être regardées comme demandant au tribunal dans le dernier état de leurs écritures :

1°) d'annuler la décision du 23 décembre 2022 de la présidente de la région Réunion ;

2°) de condamner la région Réunion à leur verser au titre de l'exécution du marché n° MT3 portant sur la construction viaduc de la nouvelle route du littoral, s'agissant de la DRC F3a, la somme de 10 932 680 euros hors taxes assortie des intérêts moratoires de droit à compter du 16 novembre 2018 et de leur capitalisation et, s'agissant de la DRC F3b, la somme de 44 295 263 euros hors taxes assortie des intérêts moratoires de droit à compter du 16 novembre 2018 et de leur capitalisation ;

3°) de mettre à la charge de la région Réunion la somme de 20 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles reprennent les moyens développés dans les requêtes mémoires enregistrées sur les numéros 1900277 et 1900276.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 7 juin 2023 et 26 mars 2024, la région Réunion, représentée par Me K'Jan, doit être regardée comme concluant :

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

1°) au rejet de la requête ;

2°) à ce que soit mise à la charge de la société Vinci Construction Grands Projets une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- à titre principal, la requête est irrecevable au motif qu'une partie n'est pas recevable à demander au juge l'annulation d'une mesure d'exécution du contrat ;
- les conclusions indemnitaires sont irrecevables au regard des règles de forclusion déterminées à l'article 3.8 du CCAP du marché s'agissant des volumes de fouilles ayant fait l'objet d'un pré-terrassement non prévu dès lors que, d'une part, le groupement ne l'a pas alertée de la nécessité d'effectuer des pré-terrassements dans des conditions non prévues au contrat pour un volume de fouilles de 30 000 m³, d'autre part, le groupement l'a informée tardivement de la règle du « vide pour plein » qui concerne l'évaluation des prestations de remblais ;
- à titre subsidiaire, aucun des moyens de la requête n'est fondé.

Par ordonnance du 27 septembre 2024, la clôture de l'instruction a été fixée, en dernier lieu, au 18 octobre 2024.

Deux mémoires en défense et des pièces complémentaires ont été produits les 21 octobre et 5 novembre 2024, après la clôture de l'instruction, et n'ont pas été communiqués.

IV. Par une requête et des mémoires enregistrés sous le n° 1900335, les 12 mars 2019, 20 avril 2021, 28 avril 2023, 12 juillet 2023 et 2 février 2024, la société Vinci Construction Grands Projets, la société Bouygues Travaux Publics, la société Dodin Campenon Bernard et la société Demathieu Bard Construction, représentées par Me Balique et Me Cabanes, doivent être regardées comme demandant au tribunal dans le dernier état de leurs écritures :

1°) de condamner la région Réunion à leur verser la somme de 19 060 083 euros hors taxes, assortie des intérêts moratoires de droit à compter du 5 décembre 2018 et de leur capitalisation, au titre de l'exécution du marché n° MT3 portant sur la construction viaduc de la nouvelle route du littoral ;

2°) de mettre à la charge de la région Réunion la somme de 20 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- l'article 3.8 du CCAP du marché n° MT3 ne fait pas obstacle à ce qu'elles puissent solliciter l'indemnisation des surcoûts liés à l'augmentation des volumes de fouilles en mer ; en effet, cette clause de forclusion ne peut pas s'appliquer, dès lors qu'aucun délai n'est déterminé et qu'aucune action n'est précisée ; en outre, la commune intention des parties qui implique d'interpréter le contrat en conférant à celui-ci une cohérence d'ensemble comme le rappellent les articles 1188 et 1189 du code civil conduit à regarder cette clause comme l'expression d'un devoir de conseil qui s'apprécie comme une simple obligation de moyens ; ne sont donc sanctionnés que des manquements qui conduisent à une perte de chance d'éviter un risque auquel le maître d'ouvrage est exposé ; en tout état de cause, la région doit être regardée comme ayant renoncé à invoquer cette clause, dès lors qu'elle rejetait leur réclamation sans opposer de telles stipulations ;

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

- l'écart entre les quantités du détail estimatif et les quantités ayant été excavées provient essentiellement d'un approfondissement général moyen des niveaux de fouilles, indispensable pour atteindre la couche de sable compacte ayant la capacité portante requise ; les études d'exécution ont fait apparaître cette contrainte géotechnique d'abaisser globalement le profil de fouilles de 1 à 2 mètres pour atteindre le sol porteur qui était plus profond que ce que les documents du DCE pouvaient indiquer ; le DCE a conduit les candidats à répondre à partir d'une connaissance de l'environnement géotechnique sensiblement du même niveau que celle disponible au stade d'un avant-projet ; les candidats n'ont pas bénéficié d'un délai important, moins de 6 mois, pour présenter leur offre ; la région a renoncé à réaliser une campagne géotechnique pour chaque appui et a préféré opter pour une campagne supplémentaire de géophysique théoriquement plus rapide à exécuter ; leur offre ne constitue pas une variante de conception ; ce n'est que l'application répétée de la solution fondation superficielle retenue par le cahier des charges ; leur offre n'a en tout état de cause pas de valeur contractuelle, puisque le CCAP ne considère pas que ce document est une pièce contractuelle ;

- le maître d'ouvrage a commis une faute en ne communiquant pas aux entreprises candidates toutes les données géotechniques du projet en sa possession, alors que la connaissance des premiers résultats d'une étude géophysique aurait permis de prévoir dans leur offre le matériel de terrassements en mer adapté aux volumes pour respecter le délai d'exécution des travaux de construction du viaduc ; les études menées par le maître d'ouvrage auraient dû être complètes et de meilleure qualité ; le maître d'ouvrage a retenu une évaluation particulièrement basse des quantités pour un chiffrage du projet qui aurait dû être relevée dès la mise au point du marché ;

- l'augmentation importante des quantités de déblais par rapport aux quantités prévues au détail estimatif ouvre droit à une indemnisation des préjudices en application de l'article 17 du CCG Travaux ;

- le groupement a été contraint de mobiliser, pour réaliser 55 % de volumes de fouilles supplémentaires par rapport aux prévisions du marché, un « Deeper Dredger » de plus grande capacité, un pousseur Multicat d'une puissance doublée pour l'accompagner et deux chalands de capacité de 1 000 m³ au lieu d'un seul comme il avait été envisagé initialement ; le surcoût de l'amenée et du repli de ce matériel maritime est de 17 896 298 euros hors taxes et celui de sa mise en place par appui est de 1 163 785 euros hors taxes.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 10 janvier 2023, 14 février 2023, 8 juin 2023, 11 juillet 2023 et 26 mars 2024, la région Réunion, représentée par Me K'Jan, doit être regardée comme concluant :

1°) au rejet de la requête ;

2°) à ce que soit mise à la charge de la société Vinci Construction Grands Projets une somme de 25 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- à titre principal les conclusions indemnitaires sont irrecevables au regard des règles de forclusion déterminées à l'article 3.8 du CCAP du marché ;
- à titre subsidiaire, aucun des moyens de la requête n'est fondé.

Par ordonnance du 8 avril 2024 la clôture de l'instruction a été fixée, en dernier lieu, au 22 avril 2024.

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

Un mémoire en défense et des pièces complémentaires ont été produits le 5 novembre 2024, après la clôture de l'instruction, et n'ont pas été communiqués.

En application de l'article R.611-7 du code de justice administrative, les parties ont été informées, par une lettre du 7 novembre 2024, que le tribunal était susceptible d'écarter d'office l'application des stipulations de l'article 3.3.8 du CCAP en tant qu'elles se réfèrent à un taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points de pourcentage, et de retenir le taux d'intérêt majoré fixé par les dispositions de l'article 8 du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 dès lors que les parties ne peuvent déroger contractuellement auxdites dispositions de l'article 8 du décret du 29 mars 2013, qui sont d'ordre public conformément à l'article 67 de la loi n°94-679 du 8 août 1994.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code civil ;
- le code des marchés publics ;
- la loi n° 94-679 du 8 août 1994 ;
- le décret n° 2002-232 du 21 février 2002 ;
- le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 ;
- l'arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux ;
- 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. Lassaux, premier conseiller,
- les conclusions de M. Felsenheld, rapporteur public,
- les observations de Me Balique et Me Cabanes, représentant les sociétés requérantes,
- et les observations de Me K'Jan et de Me Rameau, représentant la région Réunion.

Une note en délibéré, présentée pour la région Réunion, a été enregistrée le 27 novembre 2024 et n'a pas été communiquée.

Deux notes en délibéré, présentées pour les sociétés requérantes, ont été enregistrées le 29 novembre 2024 et le 10 décembre 2024 et n'ont pas été communiquées.

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

Considérant ce qui suit :

1. La région Réunion a engagé le projet de « Nouvelle Route du Littoral » (NRL) et décidé de la construction d'une infrastructure routière de 12,5 kilomètres entre l'entrée ouest de la commune de Saint-Denis et la commune de La Possession composée de tronçons de digues et de deux viaducs de 5 400 mètres et de 240 mètres. Par arrêté n° 2013-2021 du 25 octobre 2013, le préfet de La Réunion a délivré une autorisation au titre des articles L.214-1 à L.214-6 du code de l'environnement des travaux de la Nouvelle Route du Littoral sur les communes de Saint-Denis et La Possession sur la base du dossier de la demande présentée par la région Réunion. Par acte d'engagement du 28 octobre 2013, la région Réunion a confié au groupement solidaire composé des sociétés Vinci Construction Grands Projets, Bouygues Travaux Publics, Dodin Campenon Bernard et Demathieu Bard Construction la réalisation du marché n° MT3 portant sur la réalisation d'un viaduc de 5 400 mètres entre la Grande Chaloupe et Saint-Denis pour un montant de 659 622 426,61 euros hors taxes, soit 715 690 332,87 euros toutes taxes comprises. Le 16 novembre 2018, le groupement d'entreprises a adressé à la région Réunion deux mémoires en réclamation respectivement d'un montant de 35 735 210 euros hors taxes et de 47 240 464 euros hors taxes, portant, pour la première demande de rémunération complémentaire (DRC), sur la rémunération des volumes de fouilles (DRC F3a) et, pour la seconde, sur le volume de remblaiement en matériaux sablo-graveleux (DRC F3b). Le 5 décembre 2018, le groupement a transmis à la région Réunion un mémoire en réclamation (DRC F1), d'un montant de 19 060 083 euros hors taxes. Par une décision d'admission partielle en date du 23 décembre 2022, la région Réunion a décidé d'accorder la somme de 25 088 460 euros hors taxes au titre des DRC F3a et F3b ainsi qu'un complément de rémunération partielle de 10 000 000 euros hors taxes.

2. Par une requête enregistrée sous le n° 1900276, les sociétés Vinci Construction Grands Projets, Bouygues Travaux Publics, Dodin Campenon Bernard et Demathieu Bard Construction demandent, dans le dernier état de leurs écritures, la condamnation de la région Réunion à leur verser la somme de 10 932 680 euros hors taxes au titre de la rémunération des volumes de fouilles en mer. Par une requête, enregistrée sous le n° 1900277, les mêmes sociétés demandent, dans le dernier état de leurs écritures, la condamnation de la région Réunion à leur verser la somme de 44 295 262 euros au titre de la prestation de remblaiement en matériaux sablo-graveleux. Par une requête n° 2300193, ces mêmes sociétés sollicitent l'annulation de la décision précitée du 23 décembre 2022 et la condamnation de la région Réunion à leur verser les sommes de 10 932 680 euros et de 44 295 263 euros au titre des prestations de fouilles en mer et de remblaiement en matériaux sablo-graveleux. Par une requête, enregistrée sous le n° 1900335, les sociétés précitées doivent être regardées comme demandant au tribunal dans le dernier état de leurs écritures de condamner la région Réunion à leur verser la somme de 19 060 083 euros hors taxes au titre des surcoûts découlant de l'augmentation des volumes de fouilles en mer.

3. La région Réunion demande, à titre reconventionnel, à ce que les sociétés requérantes soient condamnées à lui restituer la somme de 10 850 000 euros toutes taxes comprises qu'elle leur a versée en exécution de la décision du 23 décembre 2022.

4. Les requêtes n°s 1900276, 1900277, 1900335 et 2300193, présentées pour les sociétés Vinci Construction Grands Projets, Bouygues Travaux Publics, Dodin Campenon Bernard et Demathieu Bard Construction, concernent le même marché, présentent à juger les mêmes questions, et ont fait l'objet d'une instruction commune. Par suite, il y a lieu de les joindre pour y statuer par un même jugement.

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

Sur les conclusions des requêtes n°s 1900276, 1900277 et 2300193 :

En ce qui concerne l'exception de non-lieu à statuer :

5. La disparition de l'objet de conclusions indemnitaires résulte d'une appréciation par le juge de ce que le requérant a obtenu satisfaction. Il en va ainsi lorsque les sommes réclamées ont été intégralement versées au requérant par le défendeur ou s'il a été versé au requérant une somme dont celui-ci se déclare satisfait.

6. Par une décision du 23 décembre 2022, la région Réunion a décidé de substituer aux prix unitaires 53100.00 V et 53106.01V du bordereau de prix unitaires (BPU) du marché n° MT3 deux prix nouveaux dénommés n° 53120.00V et 53130.00V de 42,40 euros/m³ et de 62,40 euros/m³ au titre de la rémunération des prestations respectivement de déblaiement avec mise en dépôt définitif en mer et de déblaiement avec mise en dépôt définitif autour des appuis. Le prix nouveau de déblaiement avec mise en dépôt définitif autour des piles se décompose, selon le maître d'ouvrage, entre 42,40 euros/m³ au titre du déblaiement et 20 euros/m³ pour la rémunération des opérations de mise en dépôt définitif autour des piles. Cette même décision applique le prix précité 53106.01V prévu au BPU concernant le seul volume de 15 820 m³. Retenant, outre ce volume de 15 820 m³, un volume de 288 511 m³ au titre des déblais faisant l'objet d'un dépôt définitif en mer et un volume de déblais avec mise en dépôt autour des appuis de 183 430 m³, la région accorde, par cette décision, une somme de 20 010 298 euros au titre de la DRC F3a et de 5 078 162 euros au titre de la DRC F3b. La Région verse également, sans reconnaissance de responsabilité, un complément de rémunération de 10 000 000 euros hors taxes, soit 10 850 000 euros toutes taxes comprises.

7. Dans l'instance n° 1900276, les sociétés requérantes ont limité, dans le dernier état de leurs écritures, leurs prétentions à la somme globale de 10 932 680 euros hors taxes, après avoir déduit de cette somme qu'elles estiment leur être due le montant des versements à hauteur de 12 767 379,80 euros hors taxes et de 10 873 512 euros hors taxes, effectués au titre du paiement des acomptes sur la base respectivement du prix 53100.00 V et du prix nouveau 53120.00V du BPU. Dès lors que la part des versements effectués au titre des acomptes correspondant aux travaux de fouilles en mer que les sociétés requérantes ont déduite de leurs prétentions est supérieure à celle finalement accordée par le maître d'ouvrage, les demandes indemnitaires au titre de l'instance n° 1900276 ne sont pas dépourvues d'objet.

8. Dans le cadre de l'instance n° 1900277, les sociétés requérantes ont limité, dans le dernier état de leurs écritures, leurs prétentions à la somme globale de 44 295 262 euros hors taxes, après avoir déduit de cette somme qu'elles estiment leur être due le montant des versements de 1 409 562 euros hors taxes, effectués au titre du paiement des acomptes sur la base du prix 53106.01V du BPU afférent aux travaux de remblaiement. Dès lors, comme il a été rappelé au point 6, que la région Réunion a accordé la somme de 5 078 162 euros hors taxes au titre de l'ensemble des prestations de remblaiement, il n'y a lieu de statuer sur les demandes indemnitaires au titre de cette instance qu'à hauteur de la somme globale de 40 626 662 euros hors taxes.

9. En revanche, dès lors que la somme de 10 000 000 euros a été accordée par la région Réunion à titre gracieux et fait l'objet de conclusions reconventionnelles aux fins de restitution, il y a encore lieu de statuer sur le surplus des demandes indemnitaires présentées par les sociétés requérantes.

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

En ce qui concerne la fin de non-recevoir opposée aux conclusions de la requête n° 2300193 :

10. Le juge du contrat n'a pas le pouvoir de prononcer, à la demande de l'une des parties, l'annulation de mesures prises par l'autre partie et il lui appartient seulement de rechercher si ces mesures sont intervenues dans des conditions de nature à ouvrir un droit à indemnité.

11. Il résulte de l'instruction, que la société requérante a formé des conclusions à fin d'annulation de la décision partielle d'admission des réclamations DRC F3a et DRC F3b. De telles conclusions, qui tendent seulement à l'annulation d'une mesure d'exécution du contrat, sont irrecevables. Le surplus des conclusions de la requête n° 2300193 tendant à la condamnation de la région Réunion au versement de sommes d'argent est, en revanche, recevable.

En ce qui concerne les conclusions indemnitaires :

S'agissant de l'application de l'article 3.8 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) :

12. Aux termes de l'article 3.8 du CCAP du marché relatif au « devoir de conseil de l'entrepreneur » : *« L'entrepreneur est tenu en permanence, de s'assurer des conditions d'exécution des travaux prévus par le marché. / A ce titre, il a l'obligation de signaler, dès qu'il doit en avoir connaissance, par écrit au Maître d'Œuvre avec copie au Maître d'Ouvrage, l'existence de toute situation, quelle qu'en soit sa nature, qu'il estime non prévue au marché et qui serait susceptible d'avoir des incidences sur les délais d'exécution ou les coûts du marché. / Les situations visées dans le présent article concernent celles que l'Entrepreneur normalement compétent ne peut méconnaître dans le cadre de la période de préparation ou lors de l'exécution du marché. / Dans le cas où l'Entrepreneur présenterait une réclamation consécutive à une situation qu'il n'aurait pas signalée ou trop tardivement, cette réclamation serait rejetée pour ce seul motif ».*

13. D'autre part, aux termes de l'article 3.3.11 du CCAP du marché relatif à la « coûténance » : *« Les obligations de l'Entrepreneur qui résultent de ce qui est prévu au titre du présent C.C.A.P. ne le dégagent en rien de ses obligations au titre du CCAG Travaux, notamment de l'article 15.4. / L'Entrepreneur devra aviser le Maître d'œuvre de sa demande d'engager une prestation qui ne puisse être rémunérée par un prix du marché. Il est donc essentiel que pour toute prestation non prévue au marché ou en cas d'apparition de conditions nouvelles de chantier, l'Entrepreneur identifie, valorise et soumette à l'accord préalable du Maître d'œuvre la demande d'engagement des prestations correspondantes. / C'est la raison pour laquelle il est demandé à l'Entrepreneur d'anticiper l'évolution prévisible du marché et de son coût à terminaison. Pour cela, l'Entrepreneur devra établir au minimum tous les deux (2) mois sa prévision de décompte final portant sur l'ensemble du marché ». (...) « Elle prendra en compte tous les travaux, prestations et aléas de chantier à la date de fin du mois précédent (2 n - 1) et comportera une évaluation du reste à faire, basée sur une analyse détaillée de la situation constatée à la date de la prévision tant du point de vue des quantités que des prix. / « Les aléas de chantier seront évalués à partir du Plan de Gestion des Risques et Opportunités que l'Entrepreneur devra présenter avec le projet de décompte et dans lequel chaque risque*

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

devra être analysé et estimé financièrement de manière détaillée. / Cette prestation n'a qu'un caractère de prévention et ne vaut donc pas acceptation du montant prévisionnel ni par le Maître d'œuvre, ni par le Maître d'ouvrage. / A défaut de présentation de ce dispositif de prévention par l'Entrepreneur, le Maître d'œuvre le mettra en demeure de le faire par voie d'ordre de service ».

14. Il résulte de l'instruction que les parties, en insérant une règle déchéance de droits à l'article 3.8 du contrat en litige, ont entendu exiger du titulaire du marché qu'il exerce pleinement son devoir de conseil pour mettre le maître d'ouvrage à même d'intervenir rapidement en prenant les décisions et qu'il informe ainsi le maître d'ouvrage de telle sorte que celui-ci puisse agir pour maîtriser les coûts et délais d'exécution du marché. D'une part, si les parties ont également souhaité, à l'article 3.3.11 précité du CCAP, mettre en place un mécanisme dit de « coûténance », une telle clause, en ce qu'elle vise, dans une démarche préventive, à contenir le coût global du marché tout au long de son exécution, poursuit un objectif distinct de celui de l'article 3.8. et ne saurait, dans ces conditions, dispenser l'entrepreneur d'assurer son devoir de conseil. D'autre part, alors même que les parties n'ont pas fixé le délai dans lequel une situation donnée devait être signalée au maître d'ouvrage et au maître d'œuvre en application de l'article 3.8 du CCAP, ces stipulations doivent être comprises comme permettant de priver les entrepreneurs du droit de présenter une réclamation, lorsqu'une information portant sur l'existence d'un évènement ou d'une situation qu'ils ne peuvent méconnaître durant la période de préparation ou lors de l'exécution du contrat est délivrée au maître d'ouvrage trop tardivement pour que ce dernier puisse agir effectivement sur les coûts et les délais d'exécution du marché en lien avec cet évènement ou cette situation. Il convient alors pour celui qui entend se prévaloir de ces stipulations, d'établir que les conditions de délivrance de cette information par les entrepreneurs ont été de nature à léser ses intérêts.

15. La région Réunion oppose les stipulations de l'article 3.8 du CCAP au groupement au motif que celui-ci ne l'aurait pas informée suffisamment tôt de la manière dont il interprète le BPU et plus particulièrement les prix 53100.00V et 53106.00V portant sur les fouilles en mer et le remblaiement par matériaux sablo-graveleux et plus particulièrement encore, le principe dont se prévalent les sociétés requérantes « du vide pour plein », consistant à ce que ces remblaiements soient rémunérés en fonction du volume de déblais. Toutefois, le différend qui existe entre les parties, dès lors qu'il ne porte que sur l'application ou non de ces prix unitaires prévus au BPU, ne peut être regardé comme résultant d'un évènement ou d'une situation que l'entrepreneur peut connaître durant la phase de préparation ou lors de l'exécution du marché entraînant des surcoûts ou des allongements de délai au sens de l'article 3.8 du CCAP. N'est en cause que la seule interprétation des pièces du marché. Par ailleurs et en tout état de cause, la région n'établit pas que des informations en lien avec le litige lui auraient été trop tardivement délivrées de sorte qu'elle en aurait été lésée. Par suite, la région Réunion n'est pas fondée à soutenir que les sociétés requérantes ne seraient par principe pas fondées à réclamer, en application l'article 3.8 du CCAP, une rémunération complémentaire au titre des travaux de fouilles en mer et de remblaiement des matériaux sablo-graveleux.

16. En revanche, la région Réunion soutient que le groupement a méconnu les stipulations de l'article 3.8 du CCAP en réalisant des pré-terrassements pour les appuis P5, P9, P18, P35 et P39 pour un volume de 30 000 m³. Il résulte de l'instruction que le groupement a décidé de procéder, sans l'accord préalable du maître d'œuvre, à des pré-terrassements avant la réalisation des opérations d'amélioration du sol par la technique de vibro-flottation en méconnaissance des prescriptions contractuelles, estimant que ces travaux de fouilles préalables étaient indispensables pour réaliser les travaux, dans les règles de l'art, en raison notamment de

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

de la présence de nombreux blocs dans la zone de fouilles. Il résulte de l'instruction que le groupement a mis en place des pré-terrassements avant même de mettre en œuvre la procédure d'exécution contractuelle consistant à attester d'un refus d'aiguille de vibro-flottation. Le maître d'ouvrage soutient, sans être sérieusement contesté sur ce point, que les planches d'essais de vibro-flottation sur les zones non terrassées concernées ne réfutaient pas la possibilité d'effectuer ces opérations selon les prescriptions, à savoir sans pré-terrassements. Si des refus lors des essais CPT-u (*Cone Penetration Test with pore pressure u*) ou tests de pénétration en cône pouvaient survenir, ils n'auraient pas nécessairement conduit le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre à autoriser des pré-terrassements ainsi effectués, y compris, lorsque la présence de blocs a été constatée. Dans ces conditions, la région Réunion doit être regardée comme établissant que la réalisation de ces travaux de pré-terrassement sans qu'elle en ait été préalablement informée a été de nature à la léser. Par suite, l'information que le groupement a donné a posteriori au maître d'ouvrage sur la réalisation de ces travaux est trop tardive au sens de l'article 3.8 du CCAP. Enfin, la circonstance que le maître d'ouvrage ait admis partiellement la réclamation portant sur les fouilles en mer n'est pas de nature à caractériser la volonté pour celle-ci de renoncer à invoquer les règles de déchéance de droits contenues dans ces stipulations du CCAP. Le groupement n'est donc pas fondé à solliciter une rémunération de ces travaux de fouilles supplémentaires.

S'agissant des fouilles en mer :

17. Aux termes de l'article 3.3.3 - Règlement des comptes – du CCAP : *« les ouvrages ou prestations faisant l'objet du marché seront réglés par application des prix unitaires et des prix forfaitaires dont le libellé est donné dans le bordereau des prix unitaires et forfaitaires aux quantités résultant des métrés calculés à partir des plans d'exécution./ Par dérogation à l'article 11.2.2 du CCAG, les quantités prises en compte pour la rémunération des travaux à l'Entrepreneur seront plafonnées aux quantités résultant des métrés issus des documents d'exécution visés, ou le cas échéant, celles figurant dans la note d'observations du maître d'œuvre. / Lorsque les ouvrages ou travaux non prévus au marché mais de type analogue à ceux du marché seront exécutés, il sera fait application des prix du bordereau du marché. Dans le cas contraire, ces ouvrages seront rémunérés dans les conditions prévues au CCAG Travaux »*. Aux termes du BPU, le prix unitaire 53100.00V « Fouilles en mer », de 67,40 euros/m³ « rémunère au mètre cube les fouilles en mer pour fondations des appuis et mise en œuvre des tapis anti-affouillement quelque soient les terrains rencontrés./ Ce prix comprend notamment : *toutes les sujétions pour travaux sous l'eau/ *le suivi bathymétrique des travaux et l'élaboration des documents de suivi, / * les reconnaissances complémentaires que l'entrepreneur jugerait nécessaires à son information ou à une bonne exécution des travaux, / * le matériel d'excavation complémentaire adapté aux caractéristiques du terrain rocheux éventuel, / * l'extraction des matériaux, leur chargement, leur transport sur une distance maximale de 15 km et leur mise en dépôt provisoire ou définitif, après accord du maître d'œuvre/ * le stockage des matériaux pour l'égouttage, / * la reprise des provisoires aux dépôts définitifs (...). Ce prix ne comprend pas le matériel maritime nécessaire au transport rémunéré dans le prix forfaitaire correspondant. / Ce prix s'applique conventionnellement au volume de fouilles défini sur les plans d'exécution des fouilles visés par le maître d'œuvre. (...) Ce prix est réglé à partir des quantités métrées sur les plans d'exécution en fonction de l'avancement des travaux ».

18. Aux termes de l'article 2.1 A2 du CCAP, l'arrêté « Police de l'Eau » (arrêté préfectoral) constitue une annexe de ce document contractuel. Aux termes de l'article 8.4.11.1

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

du même CCAP : « *L'entrepreneur devra respecter les obligations attachées à : (...) l'autorisation au titre de l'article L. 214-1 à 6 du code de l'environnement (Police de l'Eau) ...* ». Aux termes de l'article 1.2.1 intitulé « *prescriptions générales. Destinations et transport des Déblais* » du fascicule E3 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) : « *Les matériaux extraits seront mis en stockage provisoire à terre pour essorage. Après essorage, ces matériaux pourront être, suivant la décision du maître d'œuvre, soit évacués du chantier et mis en décharge, soit utilisés, après sélection et tris nécessaires, en remplissage du vide des fûts de piles* ». Aux termes de l'article 1.2.4.3 du fascicule A du CCTP : « *les travaux de fondations et appuis comprennent la mise en dépôt provisoire des produits de fouille en cas de réemploi, la mise en dépôt définitif ou en décharge des déblais excédentaires et/ou non réutilisables* ».

19. En premier lieu, il résulte de l'instruction que le dossier C4, pièce constitutive du dossier de consultation des entreprises (DCE), correspond à la demande d'autorisation au titre des articles L.214-1 à 6 du code de l'environnement, autorisation dite « loi sur l'eau », sur laquelle le préfet de La Réunion s'est fondé pour autoriser les travaux, objet du marché en litige. Il n'est pas contesté que la demande d'autorisation prévoyait à son article 3.1.3.2 que les matériaux excavés serviraient, d'une part, à remplir les piles creuses (environ 10 %) et, d'autre part, à la construction du piège à cailloux et de la future digue. Ce même dossier de demande d'autorisation environnementale décrivait à son article 4.3.3.3.2, intitulé « Maîtrise de la pollution chronique des eaux en phase chantier », la procédure des travaux de dragage en rappelant qu'il était prévu de déposer des matériaux dragués sous la future digue ou sous le piège à cailloux, à l'avancement des terrassements des fondations des ouvrages. Il était indiqué que le dépôt des matériaux pouvait se faire par clapage, que cette technique consistait à déposer les matériaux dans l'eau grâce à une barge à fond mobile et que ces mêmes matériaux seraient ainsi d'abord mis dans une barge à fond mobile, cette barge se rendant ensuite sur le lieu de dépôt prévu pour effectuer l'opération de clapage. Il résulte de cette description des opérations de dragage et clapage, accompagnée d'un schéma explicatif fourni par les parties, qu'aucune phase de mise à terre des matériaux n'était alors prévue. Par ailleurs, dès lors que l'article 8.4.11.1 précité du CCAP du marché stipule que l'entrepreneur est tenu de respecter les prescriptions de l'autorisation délivrée au titre de la « police de l'Eau », cette modalité de gestion des sédiments par immersion au niveau des sections de la future digue ou du piège à cailloux doit être regardée comme étant opposable aux titulaires du marché. Par la mention de cette autorisation au CCAP parmi les pièces contractuelles constituant ledit cahier, les prescriptions de cet arrêté préfectoral doivent être regardées comme relevant des prévisions contractuelles s'imposant aux sociétés requérantes, y compris s'agissant des éléments contractualisés de la variante du groupement d'entreprises pourvu qu'elles demeurent compatibles avec lesdits éléments. Ainsi, la circonstance que le dossier d'autorisation « loi sur l'eau » et l'arrêté qui s'en est suivi prévoient que le dépôt par immersion de matériaux précédemment décrit porte sur la reprise des sédiments extraits lors des travaux des fondations profondes au droit des piles, alors que l'offre variante du groupement d'entreprises finalement retenue a remplacé ces fondations profondes par des semelles superficielles, ne permet pas de considérer que cette autorisation environnementale n'aurait plus vocation à traiter les sujets environnementaux associés à la gestion des sédiments excavés et ne prescrirait plus un tel mode de gestion par immersion d'une part importante des sédiments excavés du projet, dès lors que, d'une part, il ne résulte pas de l'instruction que le mode de gestion des sédiments résultant de ces fondations profondes ne serait pas compatible avec des appuis superficiels désormais retenus. D'autre part, le CCAP ne mentionne pas, lorsqu'il cite cet arrêté « loi sur l'eau » parmi les pièces contractuelles, que les prescriptions qu'il contient concernant la gestion des terres par immersion ne s'appliqueraient plus aux travaux afférents aux fondations superficielles exécutées, au titre de ladite « variante », en remplacement, comme il vient d'être dit, de ceux

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

portant sur les fondations profondes des piles qui étaient initialement prévues au DCE. Il ne résulte pas davantage de l'instruction que la région Réunion aurait, à l'issue de la phase de mise au point du marché, « porté à connaissance » du préfet de La Réunion le projet d'exclure désormais tout recours, dans le cadre de l'exécution des travaux, à l'immersion des sédiments sous la future digue ou à l'endroit du piège à cailloux dont l'arrêté « loi sur l'eau » décrivait les modalités de réalisation, alors que le maître d'ouvrage y aurait été tenu par les dispositions du code de l'environnement, si telle avait été effectivement sa volonté. La région Réunion n'a, à l'inverse, pas hésité à procéder à cette procédure du « porté à connaissance » lorsqu'elle a finalement accepté le principe d'un dépôt par immersion des sédiments au site de la Grande Ravine, non autorisé jusqu'alors par l'arrêté. En outre, le maître d'œuvre, en charge à la fois d'une mission d'élaboration de l'ensemble des pièces du DCE impliquant l'obligation, comme le prévoit son contrat, d'éviter toute contradiction entre les pièces constituant le DCE et d'une mission d'assistance du maître d'ouvrage lors de la mise au point du marché en cause, a lui-même admis dans plusieurs documents adressés aux sociétés requérantes au cours du premier semestre 2015 que l'immersion sans passage à terre des sédiments excavés aux endroits indiqués par le dossier d'autorisation « loi sur l'eau » étaient contractuellement prévues, à l'exclusion d'autres sites, avant de défendre la position de refus adoptée par le maître d'ouvrage dans le différend qui l'oppose aux sociétés requérantes. Dans ces conditions, la commune intention des parties doit être regardée comme faisant de cette mise en dépôt sous-marin telle qu'elle était initialement prévue par le dossier d'autorisation « loi sur l'eau », une modalité de gestion des sédiments susceptible d'être mise en œuvre par le groupement d'entreprises au titre de l'exécution du marché en cause. Le prix unitaire 53100.00V du BPU prévoit certes la couverture du coût d'une mise à terre des déblais pour stockage provisoire pour essorage. Ce prix évoque également la rémunération des matériaux, leur chargement, leur transport, la mise en dépôt provisoire ou définitif après accord du maître d'œuvre ainsi que leur reprise des dépôts provisoires aux dépôts définitifs. Toutefois, le CCTP ne prévoit, à l'article 1.2.1 de son fascicule E3, une mise à terre systématique des matériaux extraits qu'en vue de la réalisation d'une opération d'essorage avant que, sur décision du maître d'œuvre, lesdits matériaux ne soient évacués du chantier et mis en décharge ou utilisés, après sélections et tris nécessaires, en remplissage des fûts de piles. Les stipulations du CCTP ne définissent pas le dépôt provisoire ou définitif des matériaux et n'excluent, par suite, aucunement une immersion des matériaux dragués à ce titre. Du reste, l'opération d'essorage justifiant la mise à terre des matériaux n'est pas utile pour de simples dépôts sous-marins. La mise en dépôt définitif, cité par l'article 1.2.4.3 du fascicule E3 du CCTP du marché en cause, permet donc de couvrir, contractuellement, le cas des opérations d'immersion des sédiments sous la future digue ou sous le piège à cailloux, prescrites par l'arrêté préfectoral, et n'exclut pas une gestion de ces matériaux, par clapage, sans passage à terre, telle que préconisée, comme il a été rappelé précédemment, par le dossier d'autorisation « loi sur l'eau ». Ce prix unitaire ne peut, dans ces conditions, être compris comme imposant nécessairement une prise en charge des déblais avec une mise à terre systématique de ceux-ci. Par conséquent et eu égard au fait que les prix unitaires sont réputés inclure, pour chaque nature d'ouvrages, le coût de l'ensemble des conditions d'exécution des prestations qui doivent être réalisées ou qui sont susceptibles de l'être en application du contrat, le prix unitaire en cause doit être regardé comme s'appliquant à une opération d'extraction de matériaux puis de gestion des déblais en vue d'une mise en dépôt à terre, d'une mise en décharge en dehors du chantier, d'un remplissage de piles creuses ou d'une opération de clapage sur un site immergé sous les futures sections de digue ou sous le pièges à cailloux, sans passage à terre.

20. En deuxième lieu, il résulte de l'instruction que les parties ont décidé que les déblais extraits des fouilles en mer seraient, pour la plus grande partie d'entre eux, mis en dépôt

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

définitif sur le site d'immersion du lieu de la Grande Ravine, ou repris de ce site pour remblaiement en matériaux sablo-graveleux des appuis du viaduc en mer ou encore extraits puis réemployés directement pour remblayer une pile voisine. Le dragage des matériaux et leur dépôt sur le site d'immersion de la Grande Ravine doivent être regardés comme des prestations analogues, au sens de l'article 3.3.3 du CCAP, à celles couvertes par le prix unitaires 53100.00 V et plus particulièrement à celles prévoyant, comme il a été dit au point précédent, une opération de clapage par barge mobile sous les futures sections de la digue ou sous le piège à cailloux. En revanche, les travaux d'extraction de matériaux par barge mobile directement envoyés vers la pile voisine pour réalisation d'une opération de remblaiement qui ne saurait, elle-même, être techniquement confondue avec une opération de clapage ne peuvent être assimilés à une nature d'ouvrage dite de « fouilles en mer » au sens du marché en litige, dès lors que ce type de prestations ne prévoit aucune phase de gestion des matériaux après leur extraction susceptible d'être rémunérée par un prix unitaire initialement prévu au BPU. Les sociétés requérantes ne sont donc pas fondées à solliciter l'application du prix unitaire 53100.00V pour les travaux de fouilles en mer ayant conduit à directement remblayer des piles sans passage par le dépôt sous-marin.

21. En troisième lieu, si l'article 13 du code des marchés publics, dans sa rédaction applicable au litige, et le CCAG Travaux applicable au marché exigeaient que le CCAP, s'il dérogeait au CCAG, mentionnât cette dérogation dans un article dit « balai », une telle obligation n'était pas prévue à peine de nullité de la dérogation, qui demeurerait donc applicable, même non mentionnée comme telle dans le CCAP. Par conséquent, la région ne peut soutenir, comme elle le fait, que l'absence de mention de la dérogation prévue à l'article 3.3.3 du CCAP consistant à rémunérer les prestations non prévues mais analogues à celles relevant d'un ou des prix du bordereau du marché dans un article récapitulatif du CCAP fait obstacle à ce que le prix unitaire 53100.00V puisse être appliqué aux travaux de fouilles en mer dans le cadre desquels les matériaux extraits ont été déposés sur le site immergé de la Grande Ravine.

22. En quatrième lieu, les articles 14.4 et 14.5 du CCAG Travaux prévoient que, d'une part, l'ordre de service mentionné à l'article 14.1 de ce même cahier, ou un autre ordre de service intervenant au plus tard quinze jours après, notifie au titulaire les prix proposés pour le règlement des travaux nouveaux ou modificatifs et que, d'autre part, le titulaire est réputé avoir accepté les prix qui ont été fixés par l'ordre de service, si, dans le délai de trente jours suivant l'ordre de service qui lui a notifié ces prix, il n'a pas présenté d'observation au maître d'œuvre en indiquant, avec toutes justifications utiles, les prix qu'il propose. La région Réunion soutient, sur la base ces stipulations, que les prix nouveaux s'imposeraient définitivement au groupement au motif que celui-ci ne les a pas contestés dans un délai de trente jours suivant leur notification, et qu'il ne pourrait plus demander l'application d'autres prix, y compris ceux initialement prévus au marché. Toutefois, l'entrepreneur peut, en dehors du cadre défini par ces stipulations du CCAG Travaux, demander l'application des prix unitaires initialement prévus au marché, s'il démontre que les travaux en cause ne relèvent pas de la catégorie des travaux supplémentaires ou modificatifs pour lesquels des prix nouveaux s'appliquent. Par suite, la région Réunion n'est pas fondée à soutenir que les prix unitaires de fouilles en mer ne peuvent pas s'appliquer, en l'espèce, en opposant les stipulations de l'article 14.5 du CCGA Travaux.

23. En cinquième lieu, il résulte de l'instruction et plus particulièrement de la décision du 23 décembre 2022, qui n'est pas contestée sur ce point, qu'un volume de 288 511 m³ de déblais a été mis en dépôt sur le site de la Grande Ravine. Il résulte également de la décision du 30 juin 2020 par laquelle la région Réunion a admis partiellement la réclamation dite DRC F5 relative aux travaux de fondations sur les appuis P32 et P33 que les sociétés requérantes doivent

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

être rémunérées à hauteur d'un volume théorique de déblais de 12 482 m³. Il résulte également de cette même décision du 30 juin 2020 que ces travaux ont impliqué la réalisation de 5 278 m³ de fouilles en mer avec des dépôts à la Grande Ravine. Cette décision de la région Réunion précise que le volume de 2 750 m³ de matériaux dragués ont fait l'objet de travaux de remblaiement de pile à pile et a été rémunéré sur la base du prix nouveau précité de 62,40 euros/m³. Il ne résulte pas de l'instruction que ce volume de 2 750 m³ de matériaux aurait transité par le dépôt de la Grande Ravine avant d'être réemployé dans les piles. Compte-tenu de ce qui a été dit au point précédent, le groupement est en droit de réclamer la somme de 355 737 euros hors taxes concernant ces travaux de fouilles en mer avec dépôt des matériaux à la Grande Ravine correspondant à un volume de 5 278 m³ rémunéré au prix unitaire 53100.00V de 67,40 euros/m³. Il n'est pas établi, en l'état de l'instruction, que la région Réunion aurait effectivement versé les sommes correspondantes aux montants des prestations de déblaiement en cause qu'elle a acceptés d'indemniser dans le cadre de la décision précitée du 30 juin 2020. Dès lors que les sociétés requérantes ne produisent aucune donnée précise permettant d'apprécier le volume de fouilles en mer déposé sur le site de la Grande Ravine, il y a lieu de retenir les volumes précités de 288 511 m³ et de 5 278 m³ correspondant aux mètres retenus par le maître d'œuvre et le maître d'ouvrage dans sa décision précitée du 23 décembre 2022. Il convient enfin d'ajouter un volume de fouilles en mer de 146 744 m³ correspondant à la part des déblais qui a été transportée et temporairement stockée au dépôt sous-marin de la Grande Ravine avant d'être réemployée pour remblayer les piles. Par suite, et par application à ces volumes de fouilles du prix unitaire 53100.00V de 67,40 euros/m³, le montant de ces travaux de déblais dû aux sociétés requérantes est de 29 691 924,20 euros hors taxes.

24. Il résulte des dispositions de l'article 5 du décret susvisé du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics auquel renvoient les stipulations de l'article 3.3.8 du CCAP que les intérêts moratoires courent à partir du jour suivant l'expiration du délai global jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse. Ces dispositions spéciales sont seules applicables au présent litige, à l'exclusion des dispositions générales de l'article 1343-1 du code civil, anciennement l'article 1254, selon lesquelles : *« Lorsque l'obligation de somme d'argent porte intérêt, le débiteur se libère en versant le principal et les intérêts. Le paiement partiel s'impute d'abord sur les intérêts »*.

25. Il résulte de ce qui précède qu'après déduction des sommes effectivement versées par le maître d'ouvrage au titre de ces prestations de fouilles en mer avec mise en dépôt en mer sur le site de Grande Ravine – à hauteur de 20 010 298 euros dont il convient toutefois de déduire la somme de 1 555 486,40 euros correspondant à la part de déblais sur le prix déblais/remblais pile à pile rémunérant un volume de 36 686 m³ au prix de 62,40 euros/m³ –, il y a lieu de retenir, sans imputation prioritaire sur les intérêts, un montant indemnisable de 11 237 112,60 euros hors taxes, soit 12 192 267,20 euros toutes taxes comprises. Toutefois, dès lors que le juge ne peut statuer *« ultra petita »*, il y a lieu de limiter la condamnation de la région Réunion à hauteur de la somme globale réclamée par les sociétés requérantes dans le cadre de cette instance. Par suite, il y a lieu de condamner la région Réunion à verser aux sociétés Vinci Construction Grands Projets, Bouygues Travaux Publics, Dodin Campenon Bernard et Demathieu Bard Construction la somme de 10 932 680 euros hors taxes, soit 11 861 957,80 euros toutes taxes comprises.

S'agissant des remblaiements en matériaux sablo-graveleux :

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

26. Aux termes de l'article 5.1 du fascicule A du CCTP : *« tous les matériaux dont les exigences ne sont pas spécifiées dans le présent CCTP seront proposées par l'entrepreneur sur la base des exigences générales normatives à défaut sur la base des règles de l'art »*. Aux termes du BPU, le prix unitaire 53106.01V « Remblaiement en matériaux sablo-graveleux », de 89,10 euros/ m³, *« rémunère au mètre cube le remblaiement en matériaux sablo-graveleux pour les appuis du viaduc en mer. / Ce prix comprend notamment : * toutes les sujétions pour les travaux sous l'eau / * le suivi bathymétrique des travaux et l'élaboration des documents de suivi, / * la fourniture, le transport et la mise en œuvre des matériaux sablo-graveleux (...) / Ceux ne comprend pas le matériel maritime nécessaire au transport rémunéré dans le prix forfaitaire correspondant. / Ce prix s'applique conventionnellement au volume de fouilles défini sur les plans d'exécution des fouilles visés par le maître d'œuvre (...) / Ce prix est réglé à partir des quantités métrées sur les plans d'exécution ne fonction de l'avancement des travaux »*.

27. En premier lieu, la région Réunion soutient que le prix unitaire 53106.01V ne peut s'appliquer aux travaux de remblaiement réalisés, lorsque ceux-ci l'ont été depuis le dépôt en mer de la Grande Ravine ou directement depuis une pile du viaduc voisine, dès lors que la fourniture et le transport induisent une provenance des matériaux depuis des carrières. Toutefois aucune pièce contractuelle ne définit la provenance des matériaux sablo-graveleux pour ce type de prestations de remblaiement. Par ailleurs, si l'offre du groupement présentait un approvisionnement en matériaux depuis des carrières, ce document ne constitue pas une pièce contractuelle. Ni le détail estimatif du marché, ni aucun sous-détail de prix au BPU ne précise davantage la provenance de ces matériaux. En outre, il résulte de l'instruction que l'article 4.5 du CCTP du fascicule M « Mesures particulières à la fourniture des matériaux » invite le groupement à prendre en compte les engagements pris par le maître d'ouvrage dans le cadre de la procédure de déclaration d'utilité publique du projet. Ces engagements consistent à ce qu'il s'emploie *« pour économiser la ressource locale en matériaux à réduire ses besoins, à favoriser l'utilisation de matériaux recyclés et à éviter la consommation excessive de matériaux nobles si des alternatives existent (si la stabilité et la durabilité des ouvrages restent garantie) »* et à ce qu'il s'emploie *« pour minimiser le transport des matériaux, à réduire ses besoins et à favoriser l'utilisation de matériaux recyclés »*. Dès lors que ni la fourniture, ni le transport de ces matériaux ne sont définis par le contrat, que ce mode d'apport des matériaux répond pleinement aux objectifs du maître d'ouvrage en la matière et que ceux-ci ont été acceptés par le maître d'œuvre et le maître d'ouvrage lors des opérations de réception, il convient de rémunérer par le prix unitaire 53106.01V les prestations en remblaiement des matériaux récupérés par le groupement au dépôt de la Grande Ravine. En revanche, le prix unitaire en cause ne peut s'appliquer à l'opération de déblais et de remblais dite « pile à pile », dès lors que l'opération de fourniture se confond avec celle tendant à l'extraction des déblais. Il s'agit de prestations modificatives ne pouvant être considérées comme étant analogues à celles définies par le prix unitaire précité et pour lesquelles un prix nouveau doit s'appliquer.

28. En deuxième lieu, pour les mêmes raisons que celles rappelées au point 22, la région Réunion ne peut s'opposer à l'application du prix unitaire 53106.01 V au motif que les prix nouveaux n'auraient pas été contestés dans un délai de trente jours suivant leur notification.

29. En troisième lieu, les sociétés requérantes soutiennent que le volume à retenir pour appliquer le prix unitaire 53106.01V est celui correspondant au volume de déblais. Toutefois, si le prix unitaire en cause mentionne que ce prix s'applique conventionnellement au volume de fouilles en mer défini sur les plans d'exécution visés par le maître d'œuvre, il mentionne également qu'il rémunère au mètre cube le remblaiement des appuis du viaduc en mer en

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

matériaux sablo-graveleux et ceci à « l'avancement des travaux ». L'expression « avancement des travaux » apparaissant dans la définition du prix précité doit être comprise comme une référence à l'avancement des travaux concernés par le prix en cause, à savoir des travaux de remblaiement et non ceux relatifs aux fouilles en mer. L'avancement des travaux de remblaiement ne correspond, par ailleurs, pas nécessairement à celui des travaux de fouilles en mer. Enfin, le détail estimatif du marché qui est une pièce contractuelle présente bien des volumes de fouilles en mer et des volumes de remblaiement en matériaux sablo-graveleux très différents, en contradiction avec le principe « du vide pour plein » dont se prévaut le groupement. Dans ces conditions, la mention dans le prix unitaire 53106.01V tenant à ce que « ce prix s'applique conventionnellement au volume de fouilles défini sur les plans d'exécution des fouilles visés par le maître d'œuvre » doit être regardée comme le résultat d'un malencontreux « copier-coller » par l'auteur du document qui n'a pas été identifié par les parties dans la phase de d'élaboration du marché, y compris lorsque celle-ci concerne la phase de mise au point. Dès lors qu'il s'agit d'une erreur matérielle dont la bonne foi interdit de se prévaloir, il y a lieu de retenir pour l'application de ce prix unitaire le volume de remblais tel qu'il a été défini sur les plans d'exécution visés par le maître d'œuvre.

30. En quatrième lieu, il résulte de l'instruction et plus particulièrement de la décision du 23 décembre 2022 qui n'est pas contestée sur ce point qu'un volume de 146 744 m³ de remblais provenant du dépôt de la Grande Ravine a été réalisé par le groupement. Par ailleurs, la région Réunion admet que 15 820 m³ de matériaux ont été remblayés dans les appuis du viaduc et doivent être rémunérés par le prix unitaire 53106.01 V. Dès lors que les sociétés requérantes ne produisent aucune donnée précise permettant d'apprécier ce volume de remblais provenant du site de la Grande Ravine notamment au regard des plans d'exécution visés par le maître d'œuvre, il y a lieu de retenir de tels volumes. Par suite, et par application à ces volumes de fouilles (146 744 m³ + 15 820 m³) du prix unitaire 53106.01 V de 89,10 euros, le montant de ces travaux de remblais dû aux sociétés requérantes est de 14 484 452,40 euros hors taxes.

31. Il résulte de ce qui précède qu'après déduction des sommes effectivement versées par le maître d'ouvrage – à hauteur de 5 078 162 euros hors taxes dont il convient toutefois de déduire la somme de 733 720 euros correspondant à la part de remblais sur le prix déblais/remblais pile à pile rémunérant un volume 36 686 m³ au prix de 62,40 euros/m³, il y a lieu de condamner la région Réunion à verser aux sociétés requérantes la somme globale de 10 140 010,40 euros hors taxes, soit 11 001 911,30 euros toutes taxes comprises.

En ce qui concerne les conclusions reconventionnelles de la région Réunion :

32. Comme il a été dit au point 6, il résulte de l'instruction que la région Réunion a par une décision d'admission partielle des DRC F3a et F3b décidé le versement la somme de 10 000 000 euros hors taxes, soit 10 850 000 euros toutes taxes comprises. Dès lors que le versement de cette somme est conditionné aux désistements des instances n° 1900276 et 1900277 qui ne sont pas intervenues, cette somme n'est pas due aux sociétés requérantes et doit être restituée. Par suite, ces dernières doivent être condamnées à restituer la somme de 10 850 000 euros toutes taxes comprises.

33. Il résulte de tout ce qui précède que les sociétés requérantes sont seulement fondées à obtenir, après déduction de la somme à restituer versée au titre de la décision du 23 décembre 2022 précitée, la condamnation de la région Réunion à leur verser au principal,

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

dans le cadre de la rémunération des déblais et des remblais, la somme globale de 12 013 869,10 euros toutes taxes comprises.

En ce qui concerne les intérêts moratoires et la capitalisation de ces intérêts :

34. Aux termes de l'article 3.3.8 du CCAP : *« le délai dont dispose le maître d'ouvrage pour procéder au paiement des acomptes est fixé à trente jours. Le point de départ du délai global de paiement des acomptes est la date de réception du projet de décompte mensuel complet (y compris copie des factures de chaque sous-traitant, article 13.5.1 du CCGA) par le maître d'œuvre / Le défaut de paiement dans le délai prévu ci-dessus fait courir de plein droit et sans autres formalités, des intérêts moratoires au bénéfice de l'entrepreneur ou du sous-traitant payé directement, dans les conditions prévues au décret n°2002-232 du 21 février 2002. Ce taux est celui de la principale facilité de refinancement appliquée par la banque centrale européenne à son opération de refinancement principal la plus récente effectuée avant le premier jour du calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points »*. Selon le I de l'article 1^{er} du décret du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics : *« Le point de départ du délai global de paiement prévu (...) à l'article 98 du code des marchés publics est la date de réception de la demande de paiement par les services de la personne publique contractante ou, si le marché le prévoit, par le maître d'œuvre ou tout autre prestataire habilité à cet effet. / Toutefois : / -le point de départ du délai global de paiement est la date d'exécution des prestations lorsqu'elle est postérieure à la date de réception de la demande de paiement ; (...) Le marché indique les conditions administratives et techniques auxquelles sont subordonnés les mandatements et le paiement (...). / La date de réception de la demande de paiement et la date d'exécution des prestations sont constatées par les services de la personne publique contractante. A défaut, c'est la date de la demande de paiement augmentée de deux jours qui fait foi. En cas de litige, il appartient au titulaire de la commande d'administrer la preuve de cette date (...) »*. Selon le II de l'article 5 du même décret : *« (...) S'agissant des marchés formalisés, si le taux des intérêts moratoires n'est pas référencé dans le marché, le taux applicable est égal au taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement principal la plus récente effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points »*.

35. Toutefois, d'une part, aux termes de l'article 67 de la loi du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier : *« Dans le cadre des marchés publics, y compris les travaux sur mémoires et achats sur factures, est réputée non écrite toute renonciation au paiement des intérêts moratoires exigibles en raison du défaut, dans les délais prévus, soit du mandatement des sommes dues, soit de l'autorisation d'émettre une lettre de change-relevé, soit du paiement de celle-ci à son échéance. / La présente disposition est applicable à toute clause de renonciation conclue à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi. »*. En vertu de l'article L. 2192-14 du code de la commande publique en vigueur : *« Toute renonciation au paiement des intérêts moratoires est réputée non écrite »*.

36. D'autre part, en vertu du I de l'article 8 du décret du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, applicable à la date de conclusion du contrat : *« Le taux des intérêts moratoires est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les*

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage (...) ». L'article 21 de ce même décret prévoit : « *Le présent décret entre en vigueur le premier jour du deuxième mois suivant sa publication. Ses dispositions s'appliquent aux contrats conclus à compter du 16 mars 2013 pour les créances dont le délai de paiement a commencé à courir à compter de la date d'entrée en vigueur du présent décret* ».

37. Il résulte de ces dispositions ainsi que de celles de l'article 67 de la loi du 8 août 1994 précitée que les parties ne peuvent déroger contractuellement aux dispositions de l'article 8 du décret du 29 mars 2013, qui sont d'ordre public et qui étaient applicables au contrat en litige. Par conséquent, sont réputées non écrites et doivent être écartées les stipulations de l'article 3.3.8 du CCAP en tant qu'elles se réfèrent à un taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points de pourcentage. Il y a lieu de retenir le taux d'intérêt majoré fixé par les dispositions de l'article 8 du décret du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique.

38. Par ailleurs, dans le cadre d'un marché de travaux régi par le CCAG Travaux 2009 pour lequel une procédure d'établissement d'un décompte général définitif et à laquelle les pièces particulières ne dérogent pas, les intérêts moratoires appliqués à des acomptes ou à des paiements partiels courent de la date de réception de la demande de paiement par le maître d'ouvrage ou de la date du service fait s'il est postérieur à celle-ci, augmenté du délai global de paiement, jusqu'à la date d'établissement du projet de décompte final, lorsque celui-ci a été transmis par l'entreprise, reprenant l'ensemble des créances.

39. D'une part, dans le dernier état de leurs écritures, les sociétés requérantes demandent l'application des intérêts moratoires sur chacune de leur demande de paiement d'acomptes. Toutefois, en se bornant à fournir un tableau reprenant les différentes demandes de paiement mensuelles relatives aux travaux de déblaiement et de remblaiement, elles ne permettent pas au tribunal de déterminer les demandes d'acomptes auxquelles se rattachent spécifiquement les travaux de déblaiement pour lesquels une opération de mise en dépôt sur le site de la Grande Ravine a été réalisée ainsi que les travaux de remblaiement dont les matériaux sont issus de ce même site sous-marin et, par suite, les dates de paiement correspondantes. Il résulte de l'instruction que seule la réception des DRC F3a et F3b, intervenue le 16 novembre 2018, reprend l'ensemble des prestations de déblaiement et de remblaiement et, par suite, celles susceptibles d'être indemnisées. Il convient, par conséquent, de retenir cette date comme celle permettant de faire courir le délai global de paiement de trente jours prévus à l'article 3.3.8 précité du CCAP. Le point de départ des intérêts moratoires est, par conséquent, le 16 décembre 2018. Il est en outre constant que le mandataire des sociétés requérantes a établi le projet de décompte final le 15 juillet 2021. Conformément à ce qui a été dit précédemment, le cours des intérêts moratoires à appliquer s'achève donc à cette dernière date.

40. D'autre part, il résulte du mémoire complémentaire des sociétés requérantes en date du 14 février 2023 dans l'instance n° 1900276 que ces dernières reconnaissent avoir reçu en paiement les sommes 12 767 379,80 euros hors taxes par application du prix « fouilles en mer » de 67,40 euros/m³ et 10 873 512 euros hors taxes au titre du prix nouveau « déblais avec dépôt définitif autour des appuis » n° 53120.00V. Comme il a été rappelé au point 6, ce prix nouveau se décompose entre 42,40 euros/m³ au titre des prestations de déblaiement et 20 euros/m³ au titre du remblaiement autour des appuis. Il résulte, par ailleurs, du mémoire en réplique du 14 février 2023, produit dans l'instance n° 1900277, que les sociétés requérantes

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

admettent également avoir reçu en paiement à la date de rédaction de ce mémoire une somme de 1 409 562 euros hors taxes au titre des travaux de remblaiement en matériaux sablo-graveleux. Il résulte également de ces mémoires que les sociétés requérantes avaient déduit de leurs demandes principales le montant de ces sommes et n'avaient sollicité des intérêts moratoires à compter de la date de réception de leurs DRC F3a et F3b que sur le résultat de ces soustractions. Aux termes de ces deux mémoires en réplique du 14 février 2023, les sociétés requérantes sont donc nécessairement réputées avoir reçu, avant le 16 novembre 2018, l'ensemble de ces sommes ainsi déduites de leurs demandes principales.

41. S'agissant des prestations de fouilles en mer, rémunérées par le prix unitaire 53100.00V, il y a, par conséquent, lieu d'appliquer sur la somme de 11 861 957,80 euros toutes taxes comprises des intérêts au taux appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage, sur la période du 16 décembre 2018 au 15 juillet 2021.

42. S'agissant des prestations de remblaiement par matériaux sablo-graveleux, rémunérées au prix unitaire 53106.00V, il y a, par conséquent, lieu d'appliquer sur la somme de 10 205 825,10 euros toutes taxes comprises, des intérêts au même taux majoré que celui du point précédent, sur la période du 16 décembre 2018 au 15 juillet 2021.

43. Enfin, la capitalisation des intérêts peut être demandée à tout moment devant le juge du fond, même si, à cette date, les intérêts sont dus depuis moins d'une année. En ce cas, cette demande ne prend toutefois effet qu'à la date à laquelle, pour la première fois, les intérêts sont dus pour une année entière. La capitalisation des intérêts a été demandée le 26 février 2019, date d'enregistrement de la requête. Il y a lieu de faire droit à cette demande à compter du 16 décembre 2019, date à laquelle était due, pour la première fois, une année d'intérêts, ainsi qu'à chaque échéance annuelle ultérieure.

Sur les conclusions de la requête n°1900335 :

En ce qui concerne l'accord de confidentialité :

44. D'une part, en vertu des dispositions de l'article L. 213-2 du code de justice administrative, ne doivent demeurer confidentielles, sauf accord contraire des parties et sous réserve des exceptions prévues par cet article, sans pouvoir être divulguées à des tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance juridictionnelle, que les seules constatations du médiateur et déclarations des parties recueillies au cours de la médiation, c'est-à-dire les actes, documents ou déclarations, émanant du médiateur ou des parties, qui comportent des propositions, demandes ou prises de position formulées en vue de la résolution amiable du litige par la médiation.

45. En revanche, les dispositions de l'article L. 213-2 ne font pas obstacle à ce que soient invoqués ou produits devant le juge administratif d'autres documents, émanant notamment de tiers, alors même qu'ils auraient été établis ou produits dans le cadre de la médiation. Tel est en particulier le cas pour des documents procédant à des constatations factuelles ou à des analyses techniques établis par un tiers expert à la demande du médiateur ou à l'initiative des parties dans le cadre de la médiation, dans toute la mesure où ces documents

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

ne font pas état des positions avancées par le médiateur ou les parties en vue de la résolution du litige dans le cadre de la médiation.

46. Les pièces devant demeurer confidentielles en vertu de l'article L. 213-2 du code de justice administrative ne peuvent être invoquées ou produites dans le cadre d'une instance devant le juge administratif qu'à la condition que les parties aient donné leur accord ou que leur utilisation relève d'une des exceptions prévues à cet article. A défaut, le juge ne saurait fonder son appréciation sur de telles pièces. En revanche, les autres pièces peuvent être invoquées ou produites devant le juge administratif et ce dernier peut les prendre en compte pour statuer sur le litige porté devant lui, dans le respect du caractère contradictoire de l'instruction.

47. D'autre part, il résulte de l'article 3 du protocole de conciliation que *« les parties conviennent que tous les échanges liés au présent accord sont strictement confidentiels. Sauf accord préalable des parties, et à l'exception des documents déjà produits devant les juridictions ou d'ores et déjà réputés publics (DRC, courriers, pièces justificatives, etc...), chacune des Parties s'engage sans réserve à ne pas utiliser, directement ou indirectement, tout document, information, décision ou orientation produit ou évoqué dans le cadre de la conciliation, qu'il s'agisse de se ménager une preuve à valoir devant une juridiction ou d'évoquer le contenu de la conciliation dans une correspondance, quel que soit son statut, à l'exception des correspondances officielles entre avocats (...) Cet engagement de confidentialité subsistera après la fin de la conciliation, quelle qu'en soit l'issue »*.

48. Il résulte de l'instruction que les sociétés requérantes ont produit, à l'instance n° 1900335, le rapport de M. Favre, sapiteur géotechnicien, désigné par les conciliateurs, eux-mêmes désignés par les parties, en vue de trouver un accord amiable. Comme il a été rappelé au point 45, les documents autres que ceux par lesquels le médiateur ou les parties font état des positions avancées en vue de la résolution du litige, tels qu'un rapport d'expertise, n'ont pas à demeurer confidentiels au sens et pour l'application de l'article L.213-2 du code de justice administrative. Par ailleurs, la région Réunion a, par un mémoire daté du 26 mars 2014 produit dans l'instance n° 1900335, accepté de discuter devant le tribunal du contenu de ce rapport géotechnique, sans demander à celui-ci d'écarter cette pièce des débats ainsi que ses propres analyses concernant ladite pièce. Par suite, la région Réunion doit être regardée comme en ayant accepté la production en justice, et ceci en dépit des obligations découlant du protocole de conciliation susceptibles d'étendre la confidentialité des documents au-delà à des conditions définies par l'article L.213-2 du code de justice administrative.

En ce qui concerne la responsabilité de la région Réunion :

49. En premier lieu, aux termes de l'article 17 du CCAG Travaux applicable au marché : *« 17.1. Au sens du présent CCAG : - les ouvrages ou équipements réglés par application d'un même prix forfaitaire dans la décomposition du montant du marché constituent une même nature d'ouvrage ; - les ouvrages ou équipements réglés par application d'un même prix unitaire dans le détail estimatif constituent une même nature d'ouvrage. / 17.2. Dans le cas de travaux réglés sur prix unitaires, lorsque, par suite d'ordres de service ou de circonstances qui ne sont ni de la faute ni du fait du titulaire, l'importance de certaines natures d'ouvrages est modifiée de telle sorte que les quantités exécutées diffèrent de plus d'un tiers en plus ou de plus d'un quart en moins des quantités portées au détail estimatif du marché, le titulaire a droit à être indemnisé en fin de compte du préjudice que lui ont éventuellement causé ces changements./ Dans le cas d'un marché à tranches conditionnelles, les quantités à prendre*

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

en compte ne comprennent que celles qui sont afférentes aux tranches dont l'exécution a été décidée./ L'indemnité à accorder s'il y a lieu est calculée d'après la différence entre les quantités réellement exécutées et les quantités prévues augmentées d'un tiers ou diminuées d'un quart./ Les stipulations qui précèdent ne sont pas applicables aux natures d'ouvrages pour lesquelles les montants des travaux figurant, d'une part, au détail estimatif du marché et, d'autre part, au décompte final des travaux sont l'un et l'autre inférieurs à 5 % du montant du marché./ Le titulaire ne peut prétendre à aucune indemnité à l'occasion de l'exécution de natures d'ouvrages dont les prix unitaires figurent au bordereau mais pour lesquels le détail estimatif ne comporte pas explicitement des quantités, sauf toutefois si le montant total des travaux exécutés auxquels s'appliquent de tels prix excède 5 % du montant du marché./17.3. Dans le cas de travaux réglés sur prix forfaitaires, lorsque des changements sont notifiés par ordre de service du maître d'œuvre dans la consistance des travaux, le prix nouveau fixé suivant les modalités prévues à l'article 14 tient compte des charges supplémentaires éventuellement supportées par le titulaire du fait de ces changements, à l'exclusion du préjudice indemnisé, s'il y a lieu, par application de l'article 15.3 ou de l'article 16.1./ 17.4. Les stipulations du présent article 17 ne concernent pas les marchés à bons de commande. »

50. Il résulte de ces stipulations qu'un entrepreneur peut présenter une demande d'indemnité lorsque certaines natures d'ouvrages, pour lesquelles les montants des travaux figurant, d'une part, au détail estimatif du marché et d'autre part, au décompte final des travaux excèdent l'un et l'autre le vingtième du montant du marché, voient leur importance modifiée au cours du marché de telle sorte que les quantités exécutées diffèrent de plus d'un tiers en plus, ou de plus d'un quart en moins des quantités portées au détail estimatif du marché et pour autant que ces changements ne résultent ni du fait ni de la faute de l'entrepreneur. Constitue une nature d'ouvrage au sens de ces stipulations un ensemble de prestations identifié par les documents contractuels, auquel est affecté un prix unitaire et dont les quantités sont portées au détail estimatif du marché.

51. Les sociétés requérantes sollicitent une indemnisation de leurs préjudices sur le fondement de l'article 17 du CCAG Travaux au motif qu'elles subissent les conséquences d'une augmentation de plus d'un tiers du volume des fouilles en mer. Toutefois, comme il a été dit au point 23, le volume des fouilles en mer pouvant être rémunéré par le prix unitaire 53100.00 V est de seulement 440 533 m³. Comme il a été rappelé au point 16, le volume de 30 000 m³ correspondant aux pré-terrassements effectués sans l'accord du maître d'œuvre ne pouvant donner lieu à rémunération n'a pas à être comptabilisé au titre des augmentations relevant du champ de l'article 17 du CCAG Travaux et, par suite, ajouté au volume précité. Par ailleurs, le volume de fouilles de 33 768 m³ correspondant aux déblais nécessaires à la réalisation des « couches de Grout » de 40 cm placées sous les semelles des fondations superficielles doit être déduit du volume précité de 440 533 m³ dans le cadre de l'évaluation des augmentations de quantités susceptibles de relever du champ d'application de l'article 17 du CCAG Travaux, dès lors qu'il n'est pas davantage contesté que le groupement d'entreprises a omis d'intégrer ce volume de fouilles en mer lors de l'établissement du détail estimatif du marché. Dans ces conditions, l'augmentation des fouilles en mer à prendre en compte n'excède pas 23 % du volume de 330 965 m³ de « fouilles en mer », prévu initialement au marché au titre de la nature d'ouvrages correspondant au prix unitaire 53100.00V. En outre, la hausse des volumes de dragage de 36 686 m³ qui est intervenue correspond à la réalisation d'une nature d'ouvrage différente de celle en lien avec le prix unitaire précité qui, comme il a été dit au point 20, doit être rémunérée par le prix nouveau « déblais avec dépôt définitif autour des appuis ». A défaut de pouvoir se prévaloir d'une augmentation de plus d'un tiers des quantités d'un même ensemble de prestations, identifié par les documents contractuels, auquel est affecté un même

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

prix unitaire et dont les quantités sont portées au détail estimatif du marché, les sociétés requérantes ne sont donc pas fondées à demander une indemnisation sur le fondement de ces stipulations de l'article 17 du CCAG Travaux.

52. En second lieu, les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues, soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre. Ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues que des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties, même si, s'agissant d'un marché à prix unitaires, leur indemnisation par le maître d'ouvrage n'est pas subordonnée à un bouleversement de l'économie du contrat.

53. Les sociétés requérantes soutiennent que les campagnes géotechniques et géophysiques ayant contribué à l'élaboration du DCE étaient insuffisamment complètes pour anticiper les difficultés géotechniques qu'elles ont dû surmonter et qui sont à l'origine des préjudices dont elles font état. Elles se prévalent également d'une rétention d'informations commise par le maître d'ouvrage les ayant une nouvelle fois empêchées de se prémunir des conséquences financières résultant de la survenue des risques géologiques.

54. Il résulte de l'avis des experts intervenus à la demande des parties que la précision et la représentativité des reconnaissances géotechniques ainsi que celles du modèle de synthèse géotechnique, fournies au DCE sont limitées par la faible densité de reconnaissances disponibles au regard de la grande variabilité géologique naturelle et de l'importance de l'ouvrage à construire. Il résulte de l'avis de M. Favre, désigné par les conciliateurs au cours d'une tentative de résolution amiable du litige, que les essais de lançage ou les sondages carottés ayant servi à la constitution du dossier géotechnique en phase de consultation des entreprises ne permettaient pas de définir précisément l'épaisseur des sables lâches dans les couches à fouiller. Le centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement (CEREMA), intervenu à la demande du maître d'ouvrage, relativise, dans sa note d'analyse du 15 mars 2022, les imprécisions prêtées à ces reconnaissances géotechniques et géophysiques dont les résultats ont été repris au DCE, estimant que l'épaisseur de sables s'avère globalement conforme aux épaisseurs de sables lâches indiqués sur le profil en long fourni au DCE, admettant cependant que les épaisseurs de sables denses et graveleux diffèrent significativement des données de la consultation. Compte tenu de l'hétérogénéité du contexte, les experts, M. Barbet, intervenu à la demande des sociétés requérantes, et M. Favre, estiment également que les sondages carottés n'ont pas permis au maître d'ouvrage de fournir aux candidats une estimation en grand des proportions de blocs. Ces deux experts indiquent dans leur rapport que les sondages ont, par principe, tendance à sous-estimer la teneur en blocs tant au stade du DCE que de la phase EXE.

55. Il résulte également de l'instruction qu'une campagne géophysique a bien été lancée au cours de la consultation en 2013 dont une partie des résultats n'a été fournie au groupement qu'en février 2014, postérieurement à la signature du contrat. Toutefois, il résulte de l'avis de M. Favre, corroboré par celui du CEREMA, et dont la teneur n'est pas sérieusement contestée sur ce point par les autres pièces du dossier, que cette campagne géophysique n'aurait pas permis, si elle avait été transmise aux candidats lors de la remise des offres, de mieux

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

déterminer les niveaux d'assise de chacune des fondations, dès lors qu'elle n'était pas calée sur un nombre suffisant de reconnaissances ponctuelles. Il n'est pas contesté que la campagne ne couvre pas tout le linéaire mais seulement une faible partie des profils en travers ne donnant, de surcroît, pas d'informations différentes de celles qui étaient connues auparavant. Par ailleurs, selon cet expert, la méthode « MASW (*Multiple Analysis of Surface Waves*) », utilisée lors de la campagne Nortekmed de 2013, consistant à étudier la propagation des ondes de surface dites « S », dans le sous-sol marin afin de mesurer les variations verticales de vitesse des ondes de cisaillement, « Vs », sous le profil d'acquisition, s'est avérée donner des informations imprécises sur les épaisseurs de sables se bornant à mettre en exergue de brusques variations longitudinales et surtout transversales (terre/mer) très brutales sans qu'au demeurant ces variations d'épaisseurs de sable ne correspondent nécessairement aux épaisseurs de sable effectivement rencontrées ensuite par le groupement. Si cet expert estime que cette campagne de reconnaissances géophysiques donne des indications sur les proportions de blocs dans les couches de sable, plus proches de celles découvertes sur le terrain, il admet également que ces conclusions, sur ce point, sont basées sur une simple confrontation des données de ladite campagne de reconnaissances géophysiques avec des estimations faites à partir de clichés photographiques pris durant les travaux de terrassements ce qui ne permet d'obtenir que des résultats approximatifs. Cette campagne de reconnaissances de 2013 ne permet en outre pas de donner des précisions sur la taille des blocs. Les investigations géophysiques ne permettent, selon les différents avis techniques convergents, qu'une approche globale de la proportion des blocs, sans toutefois pouvoir prétendre à l'exhaustivité. L'analyse géophysique par « MASW » est normalement utilisée pour établir un profil continu entre des informations discrètes dans un milieu tabulaire de préférence, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En outre la « MASW » est une méthode, de l'avis de M. Favre et du CEREMA, délicate à mettre en œuvre et dont les résultats peuvent être difficiles à exploiter. M. Favre dont l'analyse n'a pas été remise en cause sur ce point par d'autres pièces produites, rappelle, dans son rapport, que si l'interprétation des vitesses d'ondes de cisaillement « Vs » donne des indications sur la proportion de blocs, ces résultats sont obtenus en fonction des hypothèses de vitesses retenues dans les sables et dans les blocs. Partant de ce constat, l'analyse de la proportion de blocs à partir des vitesses des ondes de cisaillement est nécessairement sujette à erreur. La proportion de blocs estimée à partir de la campagne Nortekmed est ainsi susceptible d'être surestimée, selon M. Favre, dans des couches plus compactes. Si M. Launay, expert désigné par le groupement, affirme, quant à lui, que les campagnes géophysiques ayant servi à l'élaboration du DCE auraient dû se baser exclusivement sur une interprétation en « MASW » ce qui aurait permis, selon lui, de définir précisément les interfaces après recoupements avec des sondages géotechniques et ne pas recourir, comme il l'a fait, en complément des sondages géotechniques, à la sismique par réfraction reposant sur l'analyse des ondes de volumes dites « P », il est contredit par le CEREMA et M. Favre qui insistent tant sur les limites que présente la méthode « MASW » et qui viennent d'être décrites, que sur le fait qu'une campagne géophysique exécutée dans les règles de l'art ne peut exclure, par principe, une analyse des ondes « P », celle-ci étant susceptible d'apporter des informations utiles, dès que les couches de sol sont suffisamment compactes. En tout état de cause, les reconnaissances géophysiques par la méthode « MASW », par analyse des ondes de surface « S », ou par sismique de réfraction par ondes « P », méthode utilisée, comme il vient d'être dit, dans les campagnes géophysiques antérieures à la consultation des entreprises, n'apparaissent donc pas comme étant des méthodes qui prises isolément sont adaptées pour déterminer les caractéristiques géotechniques du sol pour un tel projet. Il résulte en effet des avis techniques que seules des investigations telles que des sondages géotechniques de type forages destructifs avec enregistrement continu de paramètres de forage, essais pressiométriques et sondages au pénétromètre statique avec mesure de pression interstitielle au droit des piles, réalisées au cours de la phase EXE, permettent

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

l'identification précise des sables lâches. Les experts relèvent de plus que l'épaisseur de sables lâches est très dépendante de l'emplacement de la pile. Par ailleurs, il n'est pas contesté que le niveau marin pouvait varier de quelques décimètres à plusieurs mètres, ces variations correspondant au transport et au dépôt des sables lâches sous l'effet de la houle et des courants. S'agissant spécifiquement des piles P32 et P33 où le groupement d'entreprises a été confronté à une remontée du substratum basaltique et à une présence de blocs très durs, il n'est pas établi que les informations géotechniques contenues dans le DCE ou les données résultant de la campagne Nortekmed de 2013 auraient, au vu des avis techniques convergents, permis de mieux déterminer la position du toit du substratum basaltique.

56. Il résulte, par ailleurs, de l'instruction que si, comme il a été dit précédemment, les reconnaissances géotechniques effectuées au stade de la phase PRO qui ont servi de base à l'élaboration des DCE n'étaient pas suffisantes pour déterminer précisément la nature des sols au niveau de chaque appui, le maître d'œuvre avait mis en avant l'existence de ces aléas géotechniques dans ces mêmes documents de consultation proposant ainsi un logigramme décisionnel reposant sur la prise en compte, pour chaque appui, de quatre critères dont celui lié à l'incertitude géotechnique afin, pour les entrepreneurs, de procéder à un choix entre diverses options techniques qu'il proposait. Le CCTP du marché en cause précise également que les investigations complémentaires nécessaires au droit des piles du viaduc seront réalisées uniquement, lorsque l'implantation précise de celles-ci sera fournie lors des études d'exécution de l'entreprise de travaux. Le DCE insistait, par ailleurs, sur l'existence d'une forte épaisseur de sables lâches sur le linéaire de l'ouvrage. Le CCTP prévoyait ainsi qu'une forte hétérogénéité de la stratigraphie était à attendre sur de courtes distances avec en particulier une couche de sables lâches soumise au transport par la houle et les courants qui a probablement une épaisseur changeante au gré des conditions avec des zones de dépôts et d'érosion variables. Ce même document indiquait au titre du contexte géologique que les blocs de basalte se situent dans une matrice sablo-graveleuse avec une proportion très variable de blocs et de matrice. De même, les fiches de synthèses référencées à la pièce C2.6.2 du DCE, mentionnent l'existence des aléas géotechniques. Ces documents précisaient également les distances entre le tracé et les sondages offrant aux candidats la possibilité de critiquer la fiabilité d'une partie des données géotechniques mises à disposition. Le maître d'œuvre a, dans ses rapports de niveau PRO, signalé la possible présence de blocs dans les terrains de surface sans pouvoir les quantifier du fait du manque d'éléments disponibles. La pièce C2.6.2 précitée précise encore la présence de blocs dans toutes les couches du sol. Ce document évoquait notamment la présence de blocs aux appuis P32 et P33 avec l'indication d'une remontée du substratum basaltique. La circonstance que, pour certains appuis, le risque de rencontre avec des blocs n'avait pas été mis explicitement en exergue par le maître d'œuvre dans ses fiches de synthèse ne permettait pas d'exclure leur présence à d'autres endroits, compte-tenu du caractère aléatoire de leur positionnement. Ce risque ne pouvait être d'autant moins ignoré du groupement d'entreprises titulaire, composé de professionnels avertis, dès lors que les blocs proviennent des éboulis de falaises ou des ravines présentes le long du tracé de l'ouvrage. Le risque généralisé de rencontre de blocs dans les sols doit donc être regardé comme ayant été abordé dans les documents de consultation des entreprises, même si la probabilité d'y être confronté et leur dimensionnement n'étaient pas renseignés. Il résulte des documents PRO et du DCE que le phénomène de pendage du toit du substratum basaltique avait également été signalé par le maître d'œuvre aux candidats. La présence d'un tel phénomène le long d'une falaise était au demeurant également prévisible. Enfin, l'article 1.2.3 du CCTP du marché stipule que l'entrepreneur précisera les moyens employés pour l'exécution de la fouille et indique qu'« en cas de déroctage, il devra détailler les moyens particuliers retenus ». De même, l'article 4.3.5.3 du fascicule M du CCTP évoque pour l'exécution du marché « des opérations de minage et l'utilisation de brise-roche ».

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

Ces différentes stipulations contractuelles confirment qu'il était possible de recourir à des techniques particulières autres que le dragage pour faire face à des roches d'une dureté importante, ce dernier paramètre n'étant pas davantage ignoré des entrepreneurs. Il résulte de ce qui vient d'être dit que la région Réunion doit être regardée comme ayant effectivement alerté le groupement d'entreprises sur l'existence des différents aléas géotechniques, sur les limites des données géotechniques fournies au DCE et sur la nécessité de procéder à des reconnaissances complémentaires en phase EXE, de telle sorte que ce dernier se devait d'en tenir compte dans l'élaboration de son offre.

57. Il résulte, en outre, de l'analyse du CEREMA en date du 15 mars 2022, dont le contenu n'est pas sérieusement contesté, que le volume de blocs annoncé par le groupement d'entreprises titulaire dans le détail estimatif du marché était de l'ordre de 6,6 % du volume des fouilles. Le CEREMA a constaté que le pourcentage de linéaire de blocs issu des sondages carottés est comparable entre les résultats des reconnaissances DCE et EXE. Si, à l'issue de l'exécution de travaux, le groupement titulaire soutient avoir été confronté à un taux de blocs dans les sols à draguer de près 10,76 %, il ne l'établit pas. Il résulte au contraire du courrier du groupement d'entreprises en date du 25 juillet 2017 que le 30 juin 2017, celui-ci envisageait, pour un volume de fouilles de 507 089 m³, volume proche de celui finalement réalisé, d'atteindre un taux de blocs dans les fouilles de 6,45 %. Le groupement d'entreprises n'a donc pas été induit en erreur par les documents de consultation des entreprises s'agissant du pourcentage moyen de blocs auxquels il a dû faire face.

58. Le groupement a, de son côté, lui-même, retenu dans sa note d'hypothèse géotechnique n° 501-HYP adossée à son offre la forte hétérogénéité de la stratigraphie sur de courtes distances et les particularités affectant la couche de sables lâches telles qu'elles ont été décrites au DCE, en raison du mode de formation de cet ensemble géologique. Le groupement titulaire y a également retenu que les blocs de basalte se situent dans une matrice sablo-graveleuse avec une proportion très variable de blocs et de matrice. Il y indique que seule une campagne géotechnique complémentaire permettra de lever les incertitudes du fait de l'hétérogénéité attendue ce qui conduit à envisager, à ce stade, une profondeur maximale de dragage à 7 mètres. Ce document du groupement ajoute que les niveaux de fouilles donnés sont provisoires et que le niveau d'assise des semelles pour chaque appui sur semelle ne pourra être fixé qu'après réalisation de la campagne géotechnique d'exécution portant sur chacun des appuis, mentionnée au DCE. Comme il a été rappelé au point 48, il n'est, par ailleurs, pas contesté que le groupement en prévoyant dans son détail estimatif un volume de dragage de 330 965 m³ a omis d'inclure dans les travaux de fouilles la réalisation d'une « couche de Grout » de 0,4 m ce qui équivaut à l'oubli d'un volume de fouilles de 33 768 m³. En outre, il résulte de l'instruction que le maître d'œuvre incitait à davantage de sécurité et préconisait, dans les fiches de synthèses précitées du document C.2.6.2 du DCE, un ancrage minimal de la sous-face de la semelle des fondations superficielles à 5 mètres sous le terrain naturel (TN) et un dragage à 6,5 mètres sous le terrain naturel pour tenir compte tant de la mise en place d'une assise granulaire d'un mètre d'épaisseur que de la « couche de Grout » qui avec lesdites semelles participent aux fondations. Le fond de fouilles envisagé par le maître d'œuvre dans ses documents PRO se situait alors, à l'exception des appuis 42 et 43 pour lesquels un ancrage n'était préconisé qu'à 4 mètres sous le TN, à 6,5 mètres sous le TN. En dépit de ces informations, le groupement prévoyait, de son côté, un ancrage superficiel à une profondeur moyenne de 3,5 mètres sous le TN. Il y a lieu d'ajouter que le groupement d'entreprises projetait un volume de 330 965 m³ de matériaux à draguer pour la mise en place de semelles superficielles sur l'ensemble des appuis, à l'exception des culées C0 et C49, alors que, d'une part, le maître d'œuvre n'envisageait ce mode de fondations que sur 25 appuis et que, d'autre

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

part, il n'est pas contesté que le remplacement de fondations profondes avec pieux par des fondations superficielles impliquerait nécessairement de travaux de fouilles plus importants. Il n'est pas sérieusement contesté que l'approfondissement des fouilles de 1,67 mètre par rapport à ce que le groupement avait envisagé conduisant alors un accroissement du volume de matériaux dragués de près de 55 % équivaut aux volumes de terrassements nécessaires pour réaliser un ouvrage pour lequel les ancrages de semelles auraient été implantés en conformité avec les préconisations du maître d'œuvre formulées dans les fiches de synthèses précitées, à savoir un ancrage moyen à 5 mètres sous le TN. L'approfondissement des fouilles en mer a, en outre, nécessairement augmenté le risque de rencontrer des blocs dont la densité et la proportion croissent avec la profondeur comme le reconnaissent les experts sollicités par les parties.

59. Enfin comme il a été dit au point précédent, le groupement a proposé dans son offre des adaptations de la conception des fondations des appuis du viaduc consistant au remplacement de 25 fondations profondes par pieux prévues initialement par le maître d'œuvre par des semelles superficielles pour 48 piles. En décidant de modifier de la sorte les principes de conception pour ces appuis, le groupement se devait de faire preuve d'une vigilance accrue concernant la faisabilité de l'ouvrage et plus particulièrement au regard des aléas géotechniques.

60. Il résulte de ce qui précède que le groupement d'entreprises ne pouvait ignorer les risques précédemment décrits ainsi que les incertitudes entourant les données géotechniques fournies au DCE, découlant tant du logigramme décisionnel renseignant l'intensité des aléas de cette nature, des fiches de synthèses par appuis précitées, de la faible densité des reconnaissances, de la grande distance de certains de ces sondages avec le tracé de l'ouvrage que des préconisations formulées par la maîtrise d'œuvre pour l'implantation des semelles. Ainsi, à supposer que l'approfondissement des fouilles se justifiait véritablement par l'état du sol marin, le groupement titulaire doit, dans ces conditions, être regardé comme ayant fait preuve d'imprudence dans l'évaluation du volume de terrassements à réaliser ainsi que dans celui du risque corrélé de rencontrer des blocs de dimension et de dureté variable dans les couches à terrasser. Par ailleurs, et comme il a été dit au point 55, il n'est pas établi que les informations issues de la campagne Nortekmed de 2013 qui a été communiquée postérieurement à la signature du marché auraient permis au groupement d'entreprises de déterminer l'épaisseur exacte des sables lâches ou, à ce stade, de fixer le niveau d'assises des fondations. Il n'est pas davantage établi que ces mêmes informations permettaient, comme il a été dit précédemment, de déterminer la position et la tailles des blocs, alors que leur proportion et leur dimension ont nécessairement augmenté à mesure que les fondations ont été approfondies. Dès lors, comme il a aussi été rappelé au point 55, que ces reconnaissances géophysiques de 2013 ont fourni des résultats imprécis et difficiles à exploiter, ne portant que sur une faible partie du linéaire et empreints d'une inévitable marge d'erreur, il n'est pas établi que les données ainsi apportées par cette campagne de reconnaissance sur la proportion des blocs et les ruptures brutales d'épaisseur de sables auraient modifié la perception des aléas géotechniques par le groupement, si ce dernier en avait eu connaissance avant la remise de son offre. Enfin, comme il a été dit au point 56, dès lors que la région Réunion a alerté les candidats sur l'existence des aléas géotechniques et la nécessité de procéder à des reconnaissances complémentaires par appui en phase EXE, tout en leur proposant différents scénarios pour la conception des ouvrages, elle ne peut être regardée comme ayant fourni des informations erronées ou équivoques sur la nature du sol caractérisant un manquement du maître d'ouvrage dans la conception du marché. Les surcoûts engagés en raison des conditions de terrassements en mer doivent être regardés comme résultant de la manifestation de ces risques, nécessairement acceptés par des professionnels avisés et inhérents à une consultation des entreprises telle que

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

celle élaborée par la région Réunion, ainsi que d'une mauvaise appréciation de ceux-ci par les sociétés requérantes. Il s'ensuit que les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que les préjudices qu'elles estiment avoir subis sont en lien avec une quelconque faute commise par le maître d'ouvrage.

61. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'application de l'article 3.8 du CCAP, que les sociétés requérantes ne sont pas fondées à demander le versement de la somme globale de 19 060 083 euros hors taxes au titre de surcoûts liés aux matériels maritime de terrassement.

Sur les frais du litige :

62. Dans les circonstances particulières de l'espèce, il y a lieu, dans les instances n°s 1900276 et 1900277, de mettre à la charge de la région Réunion la somme de 2 500 euros au titre des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative. Les dispositions de cet article font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions de la région Réunion, partie perdante dans ces deux mêmes instances, présentées sur leur fondement. Dans les circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu, dans les autres instances, de mettre à la charge des parties une quelconque somme d'argent au titre de ces mêmes dispositions du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1^{er} : Il n'y a plus lieu de statuer sur les conclusions présentées par la société Vinci Construction Grands Projets, la société Bouygues Travaux Publics, la société Dodin Campenon Bernard et la société Demathieu Bard Construction tendant à la condamnation de la région Réunion à lui verser la somme de 44 295 262 euros hors taxes dans le cadre de l'instance n°1900277 dans la limite d'un montant de 3 668 600 euros hors taxes.

Article 2 : La région Réunion est condamnée à verser à la société Vinci Construction Grands Projets, à la société Bouygues Travaux Publics, à la société Dodin Campenon Bernard et à la société Demathieu Bard Construction la somme globale, au principal, de 12 013 869,10 euros toutes taxes comprises.

Article 3 : Il est statué sur les conclusions tendant au versement d'intérêts moratoires et de capitalisation de ces intérêts dans les conditions fixées aux points 34 à 43 du présent jugement.

Article 4 : La région Réunion versera à la société Vinci Construction Grands Projets, à la société Bouygues Travaux Publics, à la société Dodin Campenon Bernard et à la société Demathieu Bard Construction la somme de 2 500 euros sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Les conclusions présentées par la région Réunion sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et le surplus des conclusions présentées par la société Vinci Construction Grands Projets, la société Bouygues Travaux Publics, la société Dodin Campenon Bernard et la société Demathieu Bard Construction sont rejetés.

N°s 1900276, 1900277, 190335, 2300193

Article 6 : Le présent jugement sera notifié à la société Vinci Construction Grands Projets, à la société Bouygues Travaux Publics, à la société Dodin Campenon Bernard, à la société Demathieu Bard Construction et à la région Réunion.

Délibéré après l'audience du 26 novembre 2024, à laquelle siégeaient :

Mme Khater, présidente,
M. Banvillet, premier conseiller,
M. Lassaux, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe du tribunal le 28 janvier 2025

Le rapporteur,

La présidente,

P. LASSAUX

A. KHATER

La greffière,

C. JUSSY

La République mande et ordonne au préfet de La Réunion 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,
P/la greffière en chef
La greffière,

C. JUSSY