

Fiche n° 3

LE RÉGIME DES CONTRATS PUBLICS I : LA PASSATION

BIBLIOGRAPHIE

Université de Paris 1, Colloque, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* sept. oct. 1998
DREYFUS (J.-D.), BASSET (B.), « Autour de la notion de « droit commun de la commande publique », *AJDA* 2004, pp. 2256-2260
DUFFY (A.), « La constitution et la liberté contractuelle », *RDP* 2006, p. 1569
MODERNE (F.), « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement contractuelle ? », *RFDA* 2006, p. 12
MOREAU (J.), « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police et contrat », *AJDA* 1965, p. 3
SAUNIER (S.), « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », *RFDA* 2007, p. 609
TERNEYRE (P.), « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Mélanges PEISER*, PUG, 1995, p. 473.

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 6 novembre 2020, Commune de Saint-Amand-les-Eaux c/ SA du casino de Saint-Amand-les-Eaux ;
- Référence 2 :** CE, 6 novembre 2020, Commune de Saint-Amand-les-Eaux c/ SA du casino de Saint-Amand-les-Eaux, n°s 437946 et 437975 ;
- Référence 3 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 27 avril 2021, Ville de Paris ;
- Référence 4 :** CE, 27 avril 2021, Ville de Paris, n° 447221 ;
- Référence 5 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 28 février 2020, Société Régale des Îles
- Référence 6 :** CE, 28 février 2020, Société Régale des Îles, n°426162 ;
- Référence 7 :** CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n°417580 ;

DÉCISIONS DU CORPUS

CJCE, 12 juillet 2001, *Ordine degli architetti delle province di Milano*,
CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*,
CJCE, 3 décembre 2001, *Bent Moustén Vestergaard*,
CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux*,
CC, 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*,
CC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*,
CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*,
CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*,
CE, Ass., 14 février 1975, *Époux Merlin*,
CE, Sect., 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*,
CE, 1er avril 1994, *Ville de Menton c. Sté Scetauparc Exploitation*,
CE, 18 mars 1988, *LOUPIAS c. Commune de Montreuil-Bellay*,
CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*,
CE, Sect., 28 janvier 1998, *Sté Borg-Warner*,
CE, Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr*,
CE, 22 mars 2000, *Epoux Lasaulce*,
CE, 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, et, Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC)*,
CE, 30 juin 2004, *Département de la Vendée c. la société Vedettes Inter-îles vendéennes*,
CE 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*,
CE, 30 janvier 2009, *ANPE*,
CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*,

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation
- Les principes généraux de la commande publique

Épreuve pratique : commentaire
- CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n° 417580 (document n°7)

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 6 novembre 2020, Commune de Saint-Amand-les-Eaux c/ SA du casino de Saint-Amand-les-Eaux

1. Vous pourrez joindre les deux affaires qui viennent d'être appelées et qui vous conduiront à prendre position sur deux intéressantes questions concernant les contrats de concession, s'agissant, d'une part, des indications dues par le concédant aux candidats sur le programme d'investissements à réaliser et, d'autre part, de la portée du principe d'égalité de traitement entre candidats dans le cas où l'un d'entre eux est titulaire d'un BEA portant sur un ouvrage affecté au service public concédé.

2. En sa qualité de station thermale, la riante commune de Saint-Amand-les-Eaux (Nord) abrite sur son territoire un casino. En 2002, un contrat de concession a confié l'exploitation de cet établissement de jeux pour 18 ans à la Société anonyme du casino de Saint-Amand-les-Eaux (SCSA), qui relève du groupe Partouche.

UNE CONCESSION DE CASINO

Concomitamment, la commune a conclu avec la même société un bail emphytéotique administratif (BEA), pour une durée de 30 ans, afin qu'elle conçoive, finance, réalise et exploite sur les terrains donnés à bail un complexe de loisirs (comprenant une salle polyvalente pour spectacles, séminaires et autres, une galerie d'expositions, un piano-bar, des restaurants, des boutiques et un casino). L'objectif de ce montage était que le casino quitte son implantation historique (depuis 1908) dans un immeuble appartenant au conseil général du Nord pour s'implanter dans un nouveau secteur urbain, ce qui a été fait avec l'achèvement du nouveau casino en décembre 2003.

La concession arrivant à échéance, la commune de Saint-Amand-les-Eaux a lancé en mars 2019 une procédure de passation d'un nouveau contrat de délégation de service public (DSP) pour une durée de 20 ans. Deux candidats ont remis une offre : la SA du casino de Saint-Amand-les-Eaux, attributaire sortante, et un groupe belge, la SA du grand casino de Dinant. À l'issue de la phase de négociation, la commune de Saint-Amand-les-Eaux a informé cette dernière du rejet de son offre, au motif que la SA du Casino proposait un programme d'investissement plus ambitieux, consistant en un réaménagement de l'ouvrage.

À la demande de la candidate évincée, le JRPC du tribunal administratif de Lille a annulé la procédure de passation, par une ordonnance du 10 janvier 2020, au motif que la commune avait insuffisamment défini ses attentes en matière d'investissements à réaliser et, ce faisant, méconnu les dispositions de l'article 27 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, alors applicable compte tenu de la date d'engagement de la procédure.

Les deux pourvois dont vous êtes saisis ont été formés par la commune délégante et par le délégataire retenu. Ils soulèvent, séparément ou similairement, quatre moyens devant vous.

L'AUTORITÉ CONCÉDANTE DOIT-ELLE DÉTERMINER LE MONTANT DES INVESTISSEMENTS ?

3. Au moins l'un d'entre eux nous paraît fondé, qui est tiré de l'erreur de droit commise par le juge des référés à avoir estimé que l'article 27 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 impose à l'autorité concédante de définir dans les documents de consultation le montant et la nature des investissements à engager sur la durée de la concession.

Rappelons que cet article 27, aujourd'hui repris par l'article L. 3111-1 CCP, énonce que : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. » Le JRTA en a déduit que les candidats admis à déposer une offre doivent disposer d'une information complète sur les investissements qu'ils seront amenés à réaliser.

LES TEXTES N'IMPOSENT PAS À L'AUTORITÉ CONCÉDANTE D'INFORMER PRÉCISÉMENT LES CANDIDATS DES INVESTISSEMENTS À RÉALISER.

3.1. Cette interprétation du texte nous laisse circonspect : du point de vue littéral, outre que cet article n'impose pas, à la différence de ce qui est le cas des marchés publics, de déterminer la nature et l'étendue des besoins avec précision, il n'impose pas non plus à l'autorité concédante de fournir aux candidats des informations relatives aux investissements stricto sensu.

L'article 34 de l'ordonnance, également cité par la décision attaquée, ne nous paraît pas d'un plus grand secours ; il énonce seulement que : « Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire. » Mais comme on le voit, ces dispositions, qui font certes référence aux investissements, concernent le calcul de la durée par l'autorité délégante, et non les informations à fournir en amont aux candidats.

Quant aux textes réglementaires, l'article 6 du décret du 1er février 2016 relatif aux concessions (aujourd'hui repris à l'art. R. 3114-1 CCP) prévoyait que : « I. – Pour l'application de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. » De telles dispositions tendent ainsi à laisser largement ouverte la liste des investissements, qui ne sont pas forcément ceux demandés par le concédant.

De même, l'article 14 du décret du 1er février 2016 (repris en substance à l'article R. 3122-1 CCP) disposait simplement, s'agissant des modalités de publicité, que : « L'autorité concédante publie un avis de concession conforme au modèle fixé par le règlement d'exécution du 11 novembre 2015. [...] L'avis de concession comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation. » Il n'y a là nulle trace non plus d'une obligation d'indiquer en amont les investissements à réaliser.

En somme, aucune accroche textuelle ne nous paraît suffisante, à elle seule, pour fonder la position du JRTA.

ET LA JURISPRUDENCE ?

3.2. Est-ce que, pour autant, les principes dégagés par votre jurisprudence quant à la notion de « nature et d'étendue des besoins à satisfaire » pourraient utilement pallier ce silence des textes ?

En l'état du droit, nous ne le croyons pas. À ce stade, vous avez seulement jugé que doivent être impérativement portés à la connaissance des candidats :

— d'une part, les caractéristiques essentielles de la concession, en particulier sa durée ;

— d'autre part, les critères de sélection des offres ;
— enfin, « des précisions suffisantes quant au périmètre de la concession ».

Comme vous le voyez, vous vous en êtes jusqu'à présent tenus à des données absolument indispensables à la définition de l'objet même de la concession.

FAUT-IL IMPOSER À L'AUTORITÉ CONCÉDANTE DE DÉFINIR LA NATURE ET LE NIVEAU DES INVESTISSEMENTS ?

3.3. Faut-il alors ajouter un nouvel item à cette liste, qui, à défaut de la lettre ou de l'interprétation admise des textes, pourrait se prévaloir de leur esprit ? Nous ne le croyons pas davantage, pour la raison fondamentale qu'une concession n'est pas un marché public.

Les marchés publics sont des contrats par lesquels un pouvoir adjudicateur obtient l'exécution d'une prestation et ou de travaux strictement définis : il est dès lors logique qu'il doive indiquer aux candidats l'intégralité des travaux ou prestations à réaliser.

Les concessions ont pour finalité de confier la gestion d'un service à un opérateur, à ses risques et périls : celui-ci dispose d'une liberté quant à la gestion du service. Il nous paraît en découler qu'il n'y a pas lieu d'appliquer aux contrats de concession les mêmes exigences qu'aux contrats de marchés publics quant aux informations à fournir en matière d'investissements à réaliser.

Certes, l'autorité concédante doit communiquer aux candidats les informations leur permettant d'appréhender les caractéristiques essentielles de la future concession de service public. À cette fin, elle peut, si elle le souhaite, définir elle-même tout ou partie des investissements que le concessionnaire devra réaliser pendant la concession. Si elle le fait, il lui appartient alors de donner aux candidats des éléments d'information suffisants sur la nécessité de prévoir ces investissements et, en particulier, sur le poids qu'ils auront parmi les critères de sélection des offres.

Mais ce n'est pas là une obligation générale et absolue. L'autorité concédante peut aussi laisser la liberté à chaque opérateur de proposer lui-même les investissements qu'il estimerait opportun de réaliser : cela fait partie de la liberté de gestion du service public concédé, tant du point de vue du concédant que du concessionnaire. De fait, notre proposition nous paraît empreinte d'un réalisme dont vous n'êtes jamais avare. C'est fort souvent que le concédant, s'il est capable de définir ses objectifs généraux – « la nature et l'étendue de ses besoins » disent les textes – n'est pas le plus à même d'en déterminer exactement certains contours ou modalités, y compris pour ce qui est du niveau exact des investissements.

Lorsqu'une station de ski souhaite développer le service public des remontées mécaniques, elle n'a pas forcément une idée arrêtée quant à savoir s'il faut investir dans une piste de luge, un parcours nordique ou le dédoublement de tel ou tel télésiège, ni d'ailleurs à quels coûts. Si elle en a une, alors il lui revient de l'indiquer dans l'appel à concurrence mais, naturellement, elle ne saurait être tenue de le faire quand elle l'ignore ou simplement quand elle entend se laisser toutes les options ouvertes, sauf à lui faire perdre l'une des plus-values principales de l'appel à candidature et de la confrontation des offres.

Il en va de même lorsque la commune de Saint-Amand souhaite développer son casino. Il lui revient seulement d'informer les candidats des caractéristiques essentielles de la concession mais pas

nécessairement de fixer elle-même la nature et le niveau des investissements attendus.

En l'espèce, l'autorité concédante avait informé les candidats sur le périmètre du service concédé, notamment sur l'état des installations soumises à concession, sur la durée du contrat et sur la nécessité de prévoir des investissements, en précisant l'importance attachée à ces investissements dans l'appréciation de chaque offre, ainsi que cela ressortait du règlement de consultation. Nous ne pensons pas qu'elle avait à fournir davantage de précisions sur la nature et le montant de ces investissements.

En un mot, l'absence de précisions sur le montant et la nature des investissements à réaliser ne constitue pas, par elle-même, une méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence s'imposant aux autorités concédantes. Pour avoir jugé le contraire, vous censurerez l'erreur de droit commise par le JRPC.

3.4. Si vous ne nous suiviez pas, nous vous précisons que, dans la logique qui serait alors la vôtre, vous devriez écarter les autres moyens des pourvois, tirés, d'une part, de la dénaturation des pièces du dossier à avoir estimé que la commune n'avait pas suffisamment défini ses attentes en matière d'investissements à réaliser et, d'autre part, de l'insuffisance de motivation et de l'erreur de qualification juridique à avoir estimé que la Société du grand casino de Dinant avait été lésée par ce manquement. En effet, si vous estimiez que la collectivité concédante était tenue d'informer de manière complète les candidats quant à la nature et au montant des investissements à réaliser, alors il n'y aurait aucune dénaturation à avoir estimé qu'elle ne l'a pas fait en l'espèce et un tel manquement serait logiquement de nature à léser le candidat évincé. Mais tel n'est pas ce que nous vous proposons.

UNE RUPTURE D'ÉGALITÉ ENTRE LES CANDIDATS

4. Au contraire, annulant l'ordonnance, vous réglerez l'affaire au titre de la procédure de référé engagée. Dans ce cadre, nous vous invitons à accueillir le moyen soulevé par la Société du grand casino de Dinant et tiré de ce que la commune a méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats en décidant de poursuivre l'exécution du BEA conclu avec la Société du casino de Saint-Amand-les-Eaux et en imposant au futur délégataire de conclure un contrat de mise à disposition du casino avec celle-ci. Comme nous vous l'avons dit, la particularité de la présente affaire est que la commune et le concessionnaire sortant avaient conclu en 2002 deux contrats dont les durées ne coïncidaient pas : une DSP d'une durée de 18 ans et un BEA destiné à la construction du nouveau casino sur un terrain de la commune, d'une durée de 30 ans. Les deux conventions stipulent d'ailleurs chacune qu'elles constituent un « tout indivisible ».

Dans le cadre du renouvellement de la DSP, la commune, qui ne souhaite apparemment pas résilier le BEA, a choisi d'imposer à son futur délégataire de conclure avec la société preneuse du BEA un contrat de mise à disposition du casino, le cahier des charges de la concession indiquant qu'au terme du BEA, l'ouvrage réintégrera pleinement le patrimoine de la commune et qu'alors une seconde convention d'occupation devra être conclue entre la ville et le délégataire.

Nous ne tirerons pas argument, même si elles peuvent révéler un contexte, de ce que, depuis les ordonnances du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et du 29 janvier 2016 relative aux concessions, le recours à un BEA à des fins de commande publique est prohibé. Ces dispositions ne s'appliquent évidemment pas aux contrats passés antérieurement à leur entrée en vigueur.

Il vous faut, en l'état du dossier, apprécier concrètement, au regard des stipulations litigieuses et des conditions de l'appel à concurrence, si cette façon de faire a pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

Or, il nous semble que tel est le cas pour deux séries de raison :
— en premier lieu, le contrat de mise à disposition que le futur délégataire devra passer avec le preneur du BEA prévoit le versement d'un loyer annuel, d'un montant substantiel (825 000 €) : or, si le preneur du bail et le délégataire se trouvaient être la même personne, on comprend que, pour celle-ci, il s'agirait d'une opération blanche alors que, pour un autre candidat, ce serait une dépense à perte... Certes, on pourrait imaginer que le montant de ce loyer ne couvre en réalité que les coûts d'amortissement que subit lui-même le preneur du fait des charges d'entretien et d'exploitation de l'ouvrage et, dans cette logique, la SCSA ne profiterait en réalité d'aucun avantage global.

Nous avons toutefois du mal, en l'espèce, à nous rallier à cette approche, dès lors que le montant du loyer annoncé est nettement supérieur aux amortissements annuels que, de son propre aveu, la SCSA met en avant dans ses écritures en les chiffrant à 674 000 € par an... Sur 12 ans, le différentiel représente tout de même 1,8 million d'euros... ;

— en second lieu, le preneur d'un BEA dispose, en cette qualité, d'avantages en termes de financement dans la mesure où le droit réel conféré au titulaire du bail, de même que les ouvrages dont il est propriétaire jusqu'à l'expiration du bail (contrairement au régime des biens dans une concession) sont susceptibles d'hypothèque (2° de l'article L. 1311-3 du CGCT), et que ces ouvrages peuvent également faire l'objet de contrats de crédit-bail (5° de l'article L. 1311-3 du CGCT). Dès lors, la SCSA disposerait, par sa qualité de titulaire du BEA, de possibilités de financement auxquelles n'ont pas accès les autres candidats, sachant que le projet de contrat de mise à disposition interdit également au futur délégataire de procéder à une sous-location de tout ou partie de l'ouvrage et, surtout, ne lui confère aucun droit réel sur les installations mises à disposition.

En l'espèce, au vu des conditions définies par la collectivité concédante et des effets qui s'y attachent, la poursuite de l'exécution du BEA avec un des candidats à la délégation et l'obligation de conclure avec lui un contrat de mise à disposition du casino nous paraît de nature à créer une distorsion de concurrence entre les candidats. Et contrairement à ce que soutenait la commune en défense devant le tribunal administratif, ce manquement est bien de nature à léser la Société du grand casino de Dinant. Dans ces conditions, vous accueillerez le moyen de méconnaissance du principe d'égalité et annulerez la procédure de passation de la délégation de service public litigieuse.

5. Un dernier mot sur les suites de cette affaire. Vous n'aurez pas forcément à le juger mais signalons que, pour garantir l'égalité de traitement entre les candidats, la commune aurait sans doute été mieux inspirée de résilier le BEA et d'indemniser la SCSA de la valeur des investissements non-amortis puis, le cas échéant, de prévoir un droit d'entrée correspondant à cette valeur à régler par l'attributaire de la nouvelle DSP.

L'hypothèse d'un droit d'entrée correspondant à la valeur non-amortie des investissements réalisés par le précédent délégataire a été expressément admise par le Conseil d'État dans l'avis émis par la section des travaux publics le 9 avril 2005 sur les conventions de remontées mécaniques. Nous pensons qu'il n'y aurait pas nécessairement un grand effort à faire pour étendre cette solution au cas présent.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, à l'annulation de la procédure de passation de délégation de service public engagée par la commune de Saint-Amand-les-Eaux pour la gestion et l'exploitation de son casino ;
- à ce que la commune de Saint-Amand-les-Eaux et la Société du casino de Saint-Amand-les-Eaux versent chacune à Société du grand casino de Dinant la somme de 3 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- au rejet des conclusions présentées par la commune de Saint-Amand-les-Eaux et la Société du casino de Saint-Amand-les-Eaux au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Référence 2 : CE, 6 novembre 2020, Commune de Saint-Amand-les-Eaux c/ SA du casino de Saint-Amand-les-Eaux, n^{os} 437946 et 437975

Vu la procédure suivante :

La société du grand casino de Dinant a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Lille d'annuler, sur le fondement de l'article R. 551-1 du code de justice administrative, la procédure de délégation de service public engagée par la commune de Saint-Amand-les-Eaux pour la gestion et l'exploitation du casino de la commune. Par une ordonnance n° 1910550 du 10 janvier 2020, le juge des référés a annulé la procédure attaquée.

1° Sous le n° 437946, par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 24 janvier et 5 février 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la commune de Saint-Amand-les-Eaux demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de faire droit à ses conclusions et de rejeter la demande de la société du grand casino de Dinant ;

3°) de mettre à la charge de la société du grand casino de Dinant la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 437975, par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 27 janvier et 11 février 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société du grand casino de Dinant ;

3°) de mettre à la charge de la société du grand casino de Dinant la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu

- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 ;
- le code de justice administrative ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Foussard, Froger, avocat de la commune de Saint-Amand-les-Eaux, à la SCP Fabiani, Luc-Thaler, Pinatel, avocat de la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux et à la SCP Rousseau, Tapie, avocat de la société du grand casino de Dinant ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 16 octobre 2020, présentée par la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 20 octobre 2020, présentée par la commune de Saint-Amand-les-Eaux ;

Considérant ce qui suit :

1. Les pourvois de la commune de Saint-Amand-les-Eaux et de la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux sont dirigés contre la même ordonnance. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

2. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Lille que la commune de Saint-Amand-les-Eaux, classée station thermale et ayant un casino, a lancé, en mars 2019, un avis d'appel à concurrence en vue du renouvellement du contrat de délégation de service public portant sur la gestion et l'exploitation de son casino. Deux offres lui ont été remises : celle de l'ancien attributaire du contrat de concession, la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux, et celle de la société du grand casino de Dinant. Au terme de l'examen des offres et de la phase de négociation, l'offre de cette dernière a été rejetée par un courrier du 5 décembre 2019, au motif que le candidat retenu proposait un programme d'investissement plus ambitieux consistant en un réaménagement de l'ouvrage. Par une ordonnance du 10 janvier 2020, contre laquelle la commune de Saint-Amand-les-Eaux et la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux se pourvoient en cassation, le juge des référés a annulé, à la demande de la candidate évincée, la procédure de passation de la délégation de service public engagée par la commune pour la gestion et l'exploitation de son casino.

3. Aux termes de l'article 27 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : " La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ". Aux termes du I de l'article 34 du même texte : " Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire ". Aux termes de l'article 6 du décret du 1er février 2016 pris pour son application : " I. - Pour l'application de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel. / II. - Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat (...) ".

4. Les concessions sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique. Pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une concession, avant le dépôt de leurs offres, une information suffisante sur la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Il lui appartient à ce titre d'indiquer aux candidats les caractéristiques essentielles de la concession et la nature et le type des investissements attendus ainsi que les critères de sélection des offres. S'il est loisible à l'autorité concédante d'indiquer

précisément aux candidats l'étendue et le détail des investissements qu'elle souhaite les voir réaliser, elle n'est pas tenue de le faire à peine d'irrégularité de la procédure. Il lui est en effet possible, après avoir défini les caractéristiques essentielles de la concession, de laisser les candidats définir eux-mêmes leur programme d'investissement, sous réserve qu'elle leur ait donné des éléments d'information suffisants sur la nécessité de prévoir des investissements, sur leur nature et leur consistance et sur le rôle qu'ils auront parmi les critères de sélection des offres.

5. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge des référés a estimé qu'en raison du caractère imprécis des indications données aux candidats sur le montant et la nature des investissements souhaités, la commune de Saint-Amand-les-Eaux ne pouvait être regardée comme ayant suffisamment déterminé l'étendue de ses besoins et qu'elle avait par suite manqué aux obligations de publicité et de mise en concurrence mentionnées au point 4. En statuant ainsi, alors que la commune avait informé les candidats sur le périmètre du service public concédé, sur l'état et les caractéristiques des installations soumises à concession, sur la nécessité de prévoir des investissements, sur l'importance qu'elle entendait accorder à ces investissements dans l'appréciation du mérite de chaque offre et sur la durée de la concession, laquelle est toujours fonction, au terme ou non d'une négociation entre les parties, de l'ampleur des investissements à consentir, le juge des référés a commis une erreur de droit. Par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son ordonnance doit être annulée.

6. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

7. Pour assurer le respect des principes mentionnés au point 4, la personne publique doit s'assurer qu'elle n'octroie pas d'avantages à l'un des concurrents à l'attribution d'une concession dans sa capacité à présenter une offre répondant aux documents de consultation.

8. Il résulte de l'instruction que la commune de Saint-Amand-les-Eaux a conclu le 19 avril 2002 un bail emphytéotique administratif d'une durée de trente ans avec la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux, ayant pour objet la réalisation, le financement et l'exploitation d'un complexe de loisirs multi-activités, comportant un casino. Elle a concomitamment attribué à la même société, le 16 avril 2002, une convention de concession d'exploitation du casino, d'une durée de dix-huit ans. L'article 1er de chacun de ces contrats indiquait qu'il constituait avec l'autre un tout indivisible. Le contrat de concession d'exploitation étant arrivé à échéance en 2020, la commune a prévu que la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux, concessionnaire sortant et titulaire du bail emphytéotique administratif, mettrait à la disposition du futur concessionnaire, moyennant le versement d'un loyer, le casino et qu'un contrat de mise à disposition du casino, figurant parmi les documents de la consultation et prohibant toute sous-occupation et toute constitution de droits réels par l'occupant, devrait être conclu à cette fin. En imposant ainsi ce montage aux candidats au renouvellement de la concession, alors qu'il lui appartenait de résilier le bail emphytéotique au terme du premier contrat de concession, avec lequel il formait un tout indivisible, et de prévoir, dans la nouvelle convention, les modalités d'occupation du domaine public, la commune de Saint-Amand-les-Eaux a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats. Un tel manquement est de nature à avoir lésé la société requérante. Il suit de là que la société du grand casino de Dinant est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation de la délégation de service public engagée par la commune de Saint-Amand-les-Eaux pour la gestion et l'exploitation de son casino.

9. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la société du grand casino de Dinant qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Saint-Amand-les-Eaux et de la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux chacune la somme de 3 000 euros à verser à la société du grand casino de Dinant, au titre de la première instance et de l'instance de cassation.

DECIDE :

Article 1er : L'ordonnance du 10 janvier 2020 du juge des référés du tribunal administratif de Lille est annulée.

Article 2 : La procédure de passation de délégation de service public engagée par la commune de Saint-Amand-les-Eaux pour la gestion et l'exploitation de son casino est annulée.

Article 3 : La commune de Saint-Amand-les-Eaux et la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux verseront chacune à la société du grand casino de Dinant la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de la commune de Saint-Amand-les-Eaux et de la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la commune de Saint-Amand-les-Eaux, à la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux et à la société du grand casino de Dinant.

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 27 avril 2021, Ville de Paris

Le pourvoi qui vient d'être appelé vous conduira à trancher trois questions aussi intéressantes que distinctes, dans le cadre d'un référé pré-contractuel : la première permettra d'explicitier l'office du juge dans le cadre de votre jurisprudence Smirgeomes, les deux autres portent sur deux types de manquements, l'une illustrant une rupture d'égalité entre candidats, l'autre portant sur les incompatibilités applicables aux contrôleurs techniques agréés.

1. Ces questions émergent à l'occasion du litige opposant la Ville de Paris à la société Sixense engineering. En 2019, la Ville de Paris a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour la passation de plusieurs accords-cadres à bons de commande, ayant pour objet des prestations de diagnostics et « préconisations structures » pour la Ville de Paris et l'établissement public Paris musées, réparties en trois lots. La société Sixense a présenté une offre pour les lots nos 1 et 2, offre qui a été rejetée pour les deux lots. L'accord-cadre multi-attributaires de la Ville de Paris, dans le cadre du lot n° 1, a été attribué à cinq candidats, ne comprenant pas la société Sixense engineering dont l'offre a été classée 6e.

UN ACCORD-CADRE DE PRESTATIONS DIAGNOSTICS ET ETUDES STRUCTURES

Saisi par cette société, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a annulé la procédure de passation du lot n° 1 (en tant qu'elle portait sur l'accord-cadre multi-attributaires de la Ville de Paris). La Ville de Paris se pourvoit en cassation contre cette ordonnance en tant qu'elle a partiellement fait droit à la demande de la société Sixense.

2. L'annulation de l'ordonnance attaquée s'impose, même si à vrai dire, nous partageons ce que nous pensons être le

raisonnement implicite du juge du référé. Mais s'il est des cas où l'implicite est permis, parce que son explicitation n'est pas nécessaire ou n'est pas exigée, tel n'est pas le cas ici. Comme vous le savez, en application de l'article L. 551-10 du code de justice administrative, les personnes habilitées à engager un référé pré-contractuel sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué.

L'OFFICE DU JUGE DU RÉFÉRÉ PRÉ-CONTRACTUEL

En application de ces dispositions et de votre jurisprudence Smirgeomes 2, le juge du référé pré-contractuel doit rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, même indirectement, en favorisant une entreprise concurrente.

En l'espèce, le juge du référé a retenu deux manquements – sur lesquels nous reviendrons sur le fond – mais il n'a pas recherché s'ils étaient susceptibles d'avoir lésé la société Sixense. Aucun élément sur ce point n'apparaît dans l'ordonnance attaquée, hormis le rappel préalable du considérant de principe de votre décision Smirgeomes.

La circonstance qu'aucun moyen en défense en ce sens n'avait été soulevé devant lui est selon nous sans incidence car cette vérification relève intrinsèquement de l'office du juge du référé. L'ordonnance attaquée étant silencieuse sur ce point, qu'elle devait pourtant impérativement traiter, nous pensons que le moyen tiré de l'erreur de droit et de la méconnaissance de son office par le juge du référé est né de l'ordonnance attaquée. Le juge du référé a donc méconnu son office et commis une erreur de droit, qui justifie l'annulation de son ordonnance.

Dans le cadre du règlement en référé, vous aurez à traiter les deux autres questions évoquées en préambule.

L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE LES CANDIDATS

3. Le principe d'égalité de traitement entre candidats est un principe fondamental de la commande publique, de valeur constitutionnelle

4. L'article L. 3 du code de la commande publique impose son respect pour l'attribution de tout contrat de la commande publique. La rupture d'égalité entre des candidats peut provenir d'un avantage dont dispose un candidat par rapport aux autres, du fait de son expérience passée ou d'informations détenues de façon privilégiée.

L'article L. 2141-8 du code de la commande publique précise que l'acheteur public ne peut exclure un candidat détenant des informations particulières que si aucun autre moyen ne permettait de remédier à la situation. La Cour de justice de l'Union européenne retient quant à elle que l'entreprise qui bénéficie d'une expérience antérieure susceptible de fausser la concurrence doit faire la preuve que tel n'a pas été le cas dans les circonstances de l'espèce.

Votre jurisprudence est empreinte de pragmatisme en la matière et ne se limite pas aux apparences. Le juge des référés vérifie si une entreprise ayant participé à la conception d'un projet a effectivement recueilli des informations ou bénéficie d'un avantage concret. Toutefois, cette vérification de l'avantage concret ou effectif relève parfois de l'évidence, lorsque l'entreprise en a nécessairement bénéficié. Vous avez ainsi retenu qu'une cour avait commis une erreur de droit en écartant la méconnaissance du principe d'égalité entre les candidats au motif

que tous les candidats avaient reçu communication des permis de construire d'une concession d'aménagement, alors que les dossiers de demande de permis avaient été élaborés par le conseil d'un candidat finalement attributaire.

En l'espèce, quelle ne fut pas la bonne surprise pour un candidat de découvrir que l'étude de cas notée dans le cadre du marché litigieux n'était rien de moins que la réplique d'un cas réel sur lequel il avait directement travaillé ! Notre pointe d'ironie a pour seul but de vous inviter à traiter ce point avec une certaine évidence en l'espèce : il n'est pas admissible, au regard du principe d'égalité de traitement entre candidats, que la Ville de Paris ait choisi, pour noter le sous-critère n° 1 du critère n° 2, intitulé « méthodologie d'exécution », une étude de cas dit « Auvent » portant sur un bâtiment municipal, alors même qu'une société – la société Ginger CEBTFP – candidate à l'attribution du lot litigieux, avait déjà réalisé cette étude en qualité d'attributaire d'un précédent marché de la ville.

Elle avait en effet réalisé une étude de faisabilité concernant cet auvent en sa qualité de titulaire du lot du marché « diagnostic et préconisations et structures » conclu pour la période du 1er janvier 2013 au 31 août 2016 et il s'agit bien exactement du même auvent, adossé au réfectoire de l'école Jules Ferry dans le 15e arrondissement de Paris. Et si nous utilisons sciemment le terme de « bonne surprise » c'est parce que, contrairement à d'autres hypothèses que vous avez eu à juger, la faille ou la difficulté ne provient pas de l'entreprise elle-même – comme c'est le cas par exemple quand elle a conseillé antérieurement la personne publique sur le projet objet du marché – mais de l'acheteur public, qui a pris le risque de se servir d'un cas réel pour le soumettre aux candidats, alors que la candidature d'entreprises du secteur ayant eu à y travailler était probable, du moins possible.

Certes, la Ville avance qu'elle a égalisé les conditions de concurrence entre candidats, ceux-ci disposant d'un cadre très détaillé pour l'élaboration de leur étude et pouvant effectuer un repérage cartographique ou une visite préalable des lieux. Il n'en demeure pas moins que l'étude de cas et l'expérience passée d'un candidat étaient exactement similaires. Assez logiquement car l'expérience aide nécessairement, tout comme les informations connues par ce biais, cette société a obtenu la note de 9,5 sur 10, avec un écart substantiel avec le deuxième candidat qui a quant à lui obtenu la note de 8 sur 10.

Il s'agit d'un manquement clair au principe d'égalité entre candidats. Et ce que le juge des référés n'a pas dit doit désormais être explicité : ce manquement a été susceptible d'avoir lésé la société Sixense, qui n'a obtenu que 6,5 sur 10 sur ce sous-critère, dont la pondération était de 15 % de la note globale, et qui a obtenu une note finale extrêmement proche de celle du dernier attributaire, avec un écart de seulement 0,06 point sur 10.

LES INCOMPATIBILITÉS APPLICABLES AUX CONTRÔLEURS TECHNIQUES AGRÉÉS

4. Par ailleurs, il nous semble opportun que vous tranchiez un autre point, relatif aux incompatibilités applicables aux contrôleurs techniques agréés. Le code de la construction et de l'habitation prévoit, en son article L. 111-23, que : « Le contrôleur technique a pour mission de contribuer à la prévention des différents aléas techniques susceptibles d'être rencontrés dans la réalisation des ouvrages./ Il intervient à la demande du maître de l'ouvrage et donne son avis à ce dernier sur les problèmes d'ordre technique, dans le cadre du contrat qui le lie à celui-ci. Cet avis porte notamment sur les problèmes qui concernent la solidité de l'ouvrage et la sécurité des personnes. »

Des exigences d'ordre déontologique sont prévues pour assurer la bonne exécution de cette mission.

D'une part, l'article L. 111-25 de ce code dispose que l'activité de contrôle technique est « incompatible avec l'exercice de toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage ».

D'autre part, en application de l'article R. 111-31 : « Les personnes et organismes agréés, les administrateurs ou gérants et le personnel de direction de ces organismes, ainsi que le personnel auquel il est fait appel pour les contrôles, doivent agir avec impartialité et n'avoir aucun lien de nature à porter atteinte à leur indépendance avec les personnes, organismes, sociétés ou entreprises qui exercent une activité de conception, d'exécution ou d'expertise dans le domaine de la construction. »

Autrement dit, une étanchéité parfaite est exigée entre, d'une part, les missions de contrôle technique d'un ouvrage et, d'autre part, celles qui sont liées à la conception, à l'exécution ou à l'expertise. Vous avez déjà interprété la portée de l'incompatibilité prévue par l'article L. 111-25, en relevant que le législateur avait entendu prohiber toute participation d'un contrôleur technique agréé à l'une des activités énumérées par cet article, y compris s'il n'était pas amené à intervenir ultérieurement sur l'ouvrage en qualité de contrôleur technique.

Vous en avez déduit qu'un contrôleur technique agréé ne pouvait se voir légalement attribuer un marché d'expertise en matière de sécurité incendie sur des établissements pénitentiaires.

UNE INCOMPATIBILITÉ ABSOLUE

Ainsi que l'expose le Président Dacosta dans ses conclusions sur cette décision, l'évolution de la loi Spinetta du 4 janvier 1978, ayant créé cette incompatibilité, témoigne de la volonté du législateur de mettre en place une incompatibilité absolue, relative à l'ensemble des prestations participant à la construction. S'il envisageait la possibilité d'une incompatibilité moins stricte pour certaines activités, cette souplesse n'a pas été retenue dans votre décision.

Vous avez confirmé cette incompatibilité absolue avec votre décision École nationale supérieure de sécurité sociale. En conséquence, ces dispositions claires et interprétées rigoureusement nous semblent devoir être entendues comme ne permettant pas à un contrôleur technique de participer à un groupement d'entreprises exerçant des activités de conception, d'exécution ou d'expertise d'ouvrage. Certes, dans le cadre d'un tel groupement, le contrôleur technique n'exerce pas lui-même ces missions, mais l'exigence que n'existe « aucun lien » avec les personnes exerçant ces activités n'est pas respectée.

Faut-il, de façon moins radicale, estimer que la participation au même groupement n'est pas en elle-même interdite, et que seule doit l'être la participation effective du contrôleur à des activités interdites ?

Cette solution, il est vrai à la fois plus souple et plus respectueuse d'une interprétation stricte des incompatibilités 10, présente au moins deux inconvénients :

— d'une part, elle ne nous paraît pas compatible avec la lettre du texte, qui exclut tout lien de cette nature, sans se référer aux seuls liens capitalistiques ; or, une candidature au sein d'un même groupement n'est certes pas un lien permanent, mais elle présente au moins des intérêts financiers communs ;

— d'autre part, elle nous semble plus difficilement vérifiable, par les acheteurs publics, comme le cas échéant, par le juge.

Nous vous proposons donc de juger que la participation d'un contrôleur technique à un groupement d'entreprises se livrant à des activités de conception, d'exécution ou d'expertise d'ouvrage constitue, à elle seule, un lien de nature à porter atteinte à son indépendance au sens des dispositions précitées.

En l'espèce, l'accord-cadre litigieux concernait la réalisation de diagnostics des bâtiments suivis de préconisations permettant au pouvoir adjudicateur de commander des travaux remédiant aux désordres identifiés. Quand bien même il ne s'agissait pas d'un marché de construction, il portait sur la réalisation de missions relevant des activités de conception et d'expertise d'un ouvrage au sens des dispositions précitées.

L'un des candidats, attributaire de l'accord-cadre, était un groupement constitué par les sociétés 2 CPI France et Dekra industrial, cette dernière étant une société de contrôle technique agréée. La Ville de Paris ne pouvait donc pas, en application de ce que nous avons indiqué s'agissant des règles applicables aux contrôleurs techniques agréés, attribuer l'accord-cadre à ce groupement. Et ce manquement a, de la même façon, lésé la société Sixense engineering, classée 6^e alors que l'attribution concernait cinq entreprises.

Cette société est donc fondée à demander l'annulation de la procédure de passation litigieuse. Précisons que le premier manquement conduit à annuler toute la procédure, du fait de la méthode de notation discriminatoire choisie par la Ville du fait de l'étude de cas problématique, alors que le second manquement ne conduit à l'annuler qu'au stade de l'examen des offres, en permettant ainsi que la seule offre irrégulière soit écartée et que l'attribution aux autres sociétés puisse être réalisée.

Nous vous proposons donc, de façon surabondante, après avoir évoqué le premier manquement qui conduit à l'annulation de toute la procédure, de mettre en exergue le second manquement, à titre pédagogique, afin que la même irrégularité ne se reproduise pas dans une nouvelle procédure susceptible d'être engagée à l'avenir.

Par ces motifs, nous concluons :

— à l'annulation des articles 1er et 2 de l'ordonnance attaquée ;
— à l'annulation de la procédure de passation du marché du lot n° 1 « prestations de diagnostics et préconisations structures » concernant l'accord-cadre multi-attributaires de la Ville de Paris ;
— à ce que la Ville de Paris verse à la société Sixense la somme de 4 500 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet de ses conclusions présentées au même titre.

Référence 4 : CE, 27 avril 2021, Ville de Paris, n° 447221

Vu la procédure suivante :

La société Sixense engineering a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Paris, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation du lot n° 1 de deux accords-cadres pour des prestations de diagnostics et préconisations structures au profit de la ville de Paris et de l'établissement public Paris musées.

Par une ordonnance n° 2017074/4-1 du 19 novembre 2020, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a annulé la procédure de passation en litige, en tant qu'elle portait sur l'accord-cadre de la ville de Paris, et rejeté le surplus des conclusions de la demande.

Par un pourvoi, enregistré le 4 décembre 2020 au secrétariat du

contentieux du Conseil d'État, la ville de Paris demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Sixense engineering ;

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

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de la construction et de l'habitation ;
- le code de justice administrative et le décret n° 2020-1406 du 18 novembre 2020 ;

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unifiée. / (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ".

2. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Paris que, par un avis d'appel public à concurrence publié le 11 octobre 2019, la ville de Paris a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour la passation de plusieurs accords-cadres à bons de commande, ayant pour objet des prestations de diagnostics et préconisations structures pour la ville de Paris et l'établissement public Paris musées, réparties en trois lots. La société Sixense engineering a présenté une offre pour les lots n°s 1 et 2. L'accord-cadre multi-attributaires de la ville de Paris, dans le cadre du lot n° 1, a été attribué à cinq candidats, dont la société Ginger CEBTP et le groupement constitué des sociétés 2 CPI France et Dekra industrial. Par un courrier du 8 octobre 2020, la ville de Paris a informé la société Sixense engineering du rejet de son offre pour les lots n°s 1 et 2, son offre ayant été classée en sixième position pour le lot n° 1. Par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Paris, saisi par cette société, a annulé la procédure de passation du lot n° 1 de ce marché par une ordonnance du 19 novembre 2020, en tant qu'elle portait sur l'accord-cadre multi-attributaires. Le pourvoi de la ville de Paris doit être regardé comme dirigé contre cette ordonnance en tant qu'elle a partiellement fait droit à la demande de la société Sixense engineering.

Sur le bien-fondé de l'ordonnance attaquée :

3. En vertu des dispositions de l'article L. 551-10 du code de justice administrative, les personnes habilitées à engager le recours prévu à l'article L. 551-1 en cas de manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué. Il appartient dès lors au juge du référé précontractuel de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la

léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

4. Pour annuler la procédure en litige, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Paris a considéré, d'une part, que la ville de Paris avait méconnu le principe de l'égalité de traitement entre candidats en retenant l'offre de la société Ginger CEBTP, qui avait réalisé dans le passé la prestation pour un bâtiment municipal correspondant à l'une des " études de cas " que devaient rédiger les candidats aux fins de l'appréciation de leurs capacités en matière de " méthodologie d'exécution " et, d'autre part, qu'elle avait également commis un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en retenant l'offre des sociétés 2 CPI France et Dekra industrial en méconnaissance des dispositions de l'article L. 111-25 du code de la construction et de l'habitation. En annulant la procédure pour ce double motif, sans rechercher si les manquements ainsi relevés étaient susceptibles d'avoir lésé la société Sixense engineering, le juge des référés a méconnu son office et commis une erreur de droit, alors même que le pouvoir adjudicateur n'avait pas fait valoir de moyen en défense sur ce point devant lui. Par suite, la ville de Paris est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque en tant qu'elle a partiellement fait droit à la demande de la société Sixense engineering.

5. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, dans la mesure de la cassation prononcée, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

Sur le règlement de l'affaire au titre de la procédure de référé engagée :

6. En premier lieu, il résulte de l'instruction que la ville de Paris a soumis aux candidats, aux fins de la notation du sous-critère n° 1 du critère n° 2, intitulé " méthodologie d'exécution ", une étude de cas dite " Auvent " portant sur un bâtiment municipal. Ce sous-critère était pondéré à hauteur de 15 % de la note globale. Or la société Ginger CEBTP, candidate à l'attribution du lot en litige, avait déjà réalisé cette étude en qualité d'attributaire d'un précédent marché de la ville de Paris. Elle a obtenu la meilleure note, de 9,5 sur 10, pour ce sous-critère, le candidat classé en deuxième position sur ce sous-critère n'ayant obtenu que la note de 8 sur 10. Dans ces conditions, la société Sixense engineering est fondée à soutenir que le sous-critère ainsi choisi par la ville de Paris a avantagé la société Ginger CEBTP, et par suite rompu l'égalité de traitement entre les candidats. Ce manquement est susceptible d'avoir lésé la société Sixense engineering, qui n'a obtenu qu'une note de 6,5 sur 10 sur ce sous-critère, et dont la note globale n'était inférieure que de 0,06 point sur 10 à celle du dernier attributaire.

7. En second lieu, aux termes de l'article L. 111-23 du code de la construction et de l'habitation : " Le contrôleur technique a pour mission de contribuer à la prévention des différents aléas techniques susceptibles d'être rencontrés dans la réalisation des ouvrages. / Il intervient à la demande du maître de l'ouvrage et donne son avis à ce dernier sur les problèmes d'ordre technique, dans le cadre du contrat qui le lie à celui-ci. Cet avis porte notamment sur les problèmes qui concernent la solidité de l'ouvrage et la sécurité des personnes. " Selon le premier alinéa de l'article L. 111-25 de ce code : " L'activité de contrôle technique prévue à la présente section est incompatible avec l'exercice de toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage. ". Il résulte de ces dispositions que le législateur a entendu prohiber toute participation à des activités de conception, d'exécution ou d'expertise d'ouvrage des personnes physiques ou morales agréées au titre du contrôle technique d'un ouvrage. La circonstance que le marché en litige ne s'analyse pas, en lui-même, comme un marché de construction faisant appel à

l'intervention d'un contrôleur technique est sans incidence sur l'applicabilité de cette règle.

8. En outre, aux termes de l'article R. 111-31 du code de la construction et de l'habitation, pris sur le fondement de l'article L. 111-25 qui renvoie à un décret en Conseil d'État le soin de fixer ses modalités d'application : " Les personnes et organismes agréés, les administrateurs ou gérants et le personnel de direction de ces organismes, ainsi que le personnel auquel il est fait appel pour les contrôles, doivent agir avec impartialité et n'avoir aucun lien de nature à porter atteinte à leur indépendance avec les personnes, organismes, sociétés ou entreprises qui exercent une activité de conception, d'exécution ou d'expertise dans le domaine de la construction ". Ces dispositions, en prohibant tout lien de nature à porter atteinte à leur indépendance, font obstacle à la participation des personnes agréées au titre du contrôle technique à un groupement d'entreprises se livrant à des activités de conception, d'exécution ou d'expertise d'ouvrage, alors même que la répartition des missions entre les membres du groupement prévoirait qu'elle ne réalisent pas elles-mêmes des missions relevant du champ de l'incompatibilité prévue par l'article L. 111-25 du même code.

9. Aux termes de l'article 1.2 du cahier des clauses techniques particulières du lot n° 1 : " Pour l'ensemble de ce patrimoine, la mission consiste à / - Réaliser des diagnostics des structures des bâtiments ou parties de bâtiments (...) / - A l'issue de ces diagnostics, établir des préconisations qui permettront au maître d'ouvrage de faire réaliser les travaux adaptés aux causes des désordres identifiées ". Selon son article 7.3, intitulé " Préconisations " : " A l'issue des prestations de diagnostic et d'analyse (...) le représentant du pouvoir adjudicateur pourra commander au titulaire l'établissement de préconisations dans le but de remédier aux défauts à l'origine des désordres structurels identifiés. / Ces préconisations devront permettre au représentant du pouvoir adjudicateur de commander les travaux correspondants. (...) " Il résulte de ces stipulations que l'accord-cadre en litige prévoyait la réalisation par ses titulaires de missions relevant des activités de conception et d'expertise d'un ouvrage au sens de l'article L. 111-25 du code de la construction et de l'habitation.

10. Il est constant que la société Dekra industrial, membre du groupement attributaire de l'accord-cadre en litige, est une société de contrôle technique agréée, soumise aux dispositions des articles L. 111-25 et R. 111-31 du code de la construction et de l'habitation. Par ailleurs, ainsi qu'il a été dit au point 8, la ville de Paris ne peut utilement se prévaloir de la circonstance, à la supposer établie, que l'organisation du groupement constitué par les sociétés 2 CPI France et Dekra industrial permettrait à cette dernière de ne pas réaliser de prestations de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage. Il s'ensuit que la ville de Paris ne pouvait légalement attribuer l'accord-cadre, qui comprenait des prestations d'expertise et de conception d'un ouvrage, à ce groupement, dont l'un des membres était soumis aux dispositions des articles L. 111-25 et R. 111-31 du code de la construction et de l'habitation. En le faisant, elle a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Ce manquement est également de nature à avoir lésé la société Sixense engineering, dont l'offre a été classée sixième alors que l'accord-cadre devait être attribué à cinq entreprises.

11. Il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur le dernier moyen de sa demande, la société Sixense engineering est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation de l'accord-cadre multi-attributaires de la ville de Paris en litige.

12. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la ville de Paris la somme de 4 500 euros à verser à la société Sixense engineering, au titre des frais exposés devant le Conseil d'Etat et en première instance, sur le fondement des

dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, ces dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la société Sixense engineering qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

DECIDE :

Article 1er : Les articles 1er et 2 de l'ordonnance du 19 novembre 2020 du juge des référés du tribunal administratif de Paris sont annulés.

Article 2 : La procédure de passation du lot n° 1 " prestation de diagnostics et préconisations structures " concernant l'accord-cadre multi-attributaires de la ville de Paris est annulée.

Article 3 : La ville de Paris versera à la société Sixense engineering la somme de 4 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Ses conclusions présentées au même titre sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la ville de Paris et à la société Sixense engineering.

Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 28 février 2020, Société Régal des Iles

La société Régal des Iles, entreprise de restauration collective, évincée à plusieurs reprises des contrats irrégulièrement conclus par la commune de Saint-Benoit, à La Réunion, depuis 2014, pour la gestion du service de la restauration municipale, ne vous est pas inconnue. Vous avez par une décision du 24 mai 2017 (n° 407213, aux T), à son instigation, annulé la convention conclue par la commune en 2016 sans publicité ni mise en concurrence à la suite de l'annulation, toujours à son initiative, de la précédente convention qu'elle avait passée en suivant la procédure applicable aux délégations de service public alors qu'il s'agissait, comme l'a jugé le TA de La Réunion, d'un marché public de service. La CAA de Bordeaux, saisie d'un appel principal de la commune dirigé contre le jugement en tant qu'il prononce l'annulation du contrat et d'un appel incident de la société Régal des Iles en tant qu'il rejette ses conclusions indemnitaires au titre de l'irrégularité de son éviction, a rejeté l'ensemble de ces conclusions. Elle a confirmé tant la qualification du contrat de marché et l'irrégularité subséquente de sa passation, qualification que vous aviez entre temps retenue, par la décision précitée, pour le nouveau contrat qui avait le même objet et des modalités de rémunération similaires, que l'absence tant de lien de causalité direct entre l'irrégularité commise et l'éviction de la société Régal des Iles que de chances sérieuses pour elle d'obtenir le marché.

Seule la société se pourvoit en cassation contre cet arrêt, pourvoi qui doit donc être regardé comme ne portant que sur le rejet de son appel incident. Vous n'aurez aucune difficulté à écarter son premier moyen, qui profite d'une rédaction quelque peu confuse de l'arrêt qui renvoie aux motifs d'irrégularité de la procédure de passation retenus par les premiers juges en indiquant, après avoir résumé les principaux arguments de la société, qu'elle ne les remettait pas utilement en cause.

Elle fait valoir qu'elle invoquait encore d'autres motifs d'irrégularité, mais, à supposer qu'ils fussent nouveaux, ces motifs n'auraient changé ni la nature de l'irrégularité de la passation, ni l'appréciation des droits de la requérante à indemnisation. Et la cour s'est expressément prononcée sur l'argument nouveau tiré de ce qu'elle avait obtenu un marché ultérieur.

Nous traiterons ensemble des trois moyens suivants qui critiquent sous les angles de l'insuffisance de motivation, de la dénaturation et de l'erreur de droit ou de qualification juridique les motifs par lesquels la cour a jugé que l'irrégularité commise n'était pas la cause directe de son éviction. Ils se recoupent largement car ils reviennent à contester, sur la forme et sur le fond, l'appréciation portée par la cour sur le lien de causalité entre l'irrégularité commise et son éviction.

Le cadre juridique des droits à indemnisation du candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un contrat public vous est bien connu. Il a été posé par votre décision du 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe et autres* (n° 249630, T. pp. 865-909) en des termes dont nous citons le dernier état, issu de votre décision du 14 octobre 2019, *Société Les Téléskis de la Croix Fry* (n° 418317, aux T sur un autre point : "Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner".

Contrairement à ce que pourrait laisser penser une lecture rapide de ces motifs, l'exigence de lien direct de causalité entre l'irrégularité et les préjudices invoqués n'est pas une condition distincte de la perte de chance qui sera indemnisée. Comme pour toute action en responsabilité tendant à la réparation d'un préjudice causé par une faute, les éléments constitutifs du droit à réparation sont intimement liés et indissociables : ainsi, la perte de chance d'obtenir le contrat n'est indemnisable qu'en tant qu'elle est la conséquence directe de l'irrégularité commise et dans la mesure où elle l'est, ce qui explique la graduation du droit à indemnisation.

Lorsque le contrat ne pouvait, indépendamment de l'irrégularité commise, être attribué à la requérante, notamment parce que sa candidature ou son offre était irrégulière, la cause exclusive de son éviction est ce qui aurait de toutes façons fait obstacle à ce que le contrat lui soit attribué. C'est l'équivalent de la faute de la victime cause exclusive du dommage. Lorsque la candidature ou l'offre de la société évincée était régulière mais qu'elle n'établissait pas que si la procédure s'était régulièrement déroulée, elle aurait été attributaire du contrat, elle ne peut tout au plus se plaindre que de ce que l'irrégularité commise l'a privée de l'opportunité de voir son offre comparée aux autres ou régulièrement comparée, et de ce qu'elle a donc engagé inutilement des frais pour sa présentation, à condition toujours que l'irrégularité soit la cause directe de cette perte de chance, ce qui n'est pas le cas lorsque, par exemple, l'irrégularité n'a pu affecter ni la construction de son offre, ni la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse (CE, 10 février 2017, *sté Bancel*, n° 393720, aux T sur ce point).

Enfin, lorsqu'elle établit que sans l'irrégularité, elle aurait eu de grandes chances d'obtenir le contrat, le lien de causalité entre l'irrégularité et la perte des profits qu'elle aurait tiré de l'exécution du contrat est bien direct et peut être indemnisé. Même dans ce dernier cas, il ne conduit qu'à indemniser la perte de profits sur une période d'exécution garantie : minimum garanti dans le cas d'un marché à bons de commande (CE, 10 octobre 2018, *Société*

du Docteur Jacques Franc, n°410501, aux T sur ce point); période ferme dans le cas d'un marché tacitement reconductible (CE, 2 décembre 2019, *Groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine*, n° 423936, aux T sur ce point). L'exigence d'un lien direct de causalité permet de relier chaque préjudice à l'irrégularité commise.

Le plus souvent, la mise en oeuvre de cette grille d'analyse conduit à apprécier l'incidence de la méconnaissance d'une ou plusieurs dispositions régissant la procédure de sélection des candidats sur leurs chances d'obtenir le contrat. L'analyse prospective qu'implique toute évaluation d'une chance est possible lorsqu'il ne s'agit que de corriger un élément d'une procédure qui, s'étant par ailleurs déroulée correctement, a produit des résultats pertinents sur lesquels le juge peut s'appuyer.

Elle est beaucoup plus difficile, voire impossible, lorsque comme en l'espèce, l'irrégularité affecte la totalité de la procédure suivie. Cette impossibilité, toutefois, ne touche pas nécessairement les trois degrés de l'appréciation de la perte de chance.

En effet, il peut arriver que, quelle que soit la procédure suivie, que ce soit celle applicable aux marchés publics ou aux concessions, la société évincée n'aurait eu absolument aucune chance, par exemple parce qu'elle est sous le coup de l'une des interdictions de candidater aux deux catégories de contrats, ou parce qu'il est évident qu'elle ne remplit pas les conditions professionnelles de capacité. Mais lorsque ce n'est pas le cas, lorsqu'il n'est pas possible d'affirmer avec certitude que la société évincée n'aurait pu se voir pour une cause qui lui est propre attribuer aucun contrat au terme de quelque procédure que ce soit, l'irrégularité affectant le choix de la procédure lui a toujours fait perdre une chance de participer à une procédure régulière et engager en vain des frais pour sa candidature. Il en irait d'ailleurs de même, sous réserve d'un éventuel partage de responsabilité, d'une irrégularité affectant l'objet même du contrat, qui n'aurait pas pu être passé.

En revanche, l'évaluation de la perte de chance d'obtenir le contrat au terme d'une procédure aussi radicalement différente que celle qui s'applique aux marchés publics lorsque la procédure suivie était celle applicable aux concessions nous semble effectivement impossible. La qualification du contrat implique des différences non seulement de procédure mais d'équilibre économique qui font obstacle à ce que l'offre remise dans le cadre de la procédure irrégulière puisse servir de base à une estimation de ses chances d'être retenues pour l'attribution d'un contrat relevant d'une autre catégorie contractuelle : pour ne citer que les différences les plus notables, d'autres candidatures auraient pu être présentées; la construction des offres n'aurait pas du tout été la même; les critères de choix non plus ; les possibilités de négociation ne sont pas les mêmes dans les différentes procédures. Il est déjà difficile de peser les chances respectives de candidats en faisant abstraction d'un sous-critère irrégulier. Essayer de reconstituer, à partir des données tirées des dossiers de candidatures à une procédure qui n'était pas la bonne, une procédure totalement différente, non seulement serait très compliqué mais obligerait le juge à faire les choix d'un acheteur, au demeurant fictif. L'impossibilité d'évaluer des chances sérieuses d'obtenir un contrat de nature différente ou soumis à une procédure complètement différente n'empêche donc pas de constater que l'irrégularité du choix de la procédure a conduit les candidats à présenter des offres en vain et donc à engager des frais dans une compétition qui ne pouvait aboutir par la faute de la personne publique.

Ainsi, la radicalité de l'irrégularité ouvre un champ large à l'indemnisation de la perte de chance simple et ferme

probablement complètement celui de l'indemnisation de la perte sérieuse. Il en résulte que l'irrégularité tenant au choix de la procédure ne saurait conduire le juge à exclure par principe tout lien direct de causalité entre l'irrégularité et le préjudice provoqué par l'éviction, car la société aura le plus souvent perdu une chance simple. Comme vous l'avez jugé à propos du recours irrégulier à une procédure de dialogue compétitif pour l'attribution d'un marché public, par une décision *société Snidaro*, du 19 novembre 2018 (n° 413305, inédite), la juridiction qui s'abstient de vérifier si le recours irrégulier à une procédure était susceptible d'avoir eu une incidence sur l'éviction du candidat commet une erreur de droit.

Dans cette affaire, la cour avait fondé l'absence de lien direct de causalité sur la circonstance que la candidate avait remis une offre finale. Mais la même erreur entache l'arrêt qui, comme en l'espèce, ne recherche pas précisément quelle est l'incidence de l'irrégularité sur les préjudices subis par la société du fait de son éviction et rejette globalement ses demandes.

Ce n'est cependant pas une erreur de droit qui est soulevée mais une dénaturation sur l'appréciation de la perte de chance indemnisable. Comme nous l'avons dit, il apparaît très artificiel d'essayer de distinguer ce qui relèverait, en la matière, de l'analyse du lien de causalité et de la perte de chance et donc d'appliquer votre jurisprudence subtile, peut-être même trop subtile, qui laisse au pouvoir souverain des juges du fond l'appréciation de l'existence du lien de causalité (CE Sect., 28 juillet 1993, *Consorts Dubouloz*, n° 117449, au rec) mais soumet au contrôle de la qualification juridique des faits celle de son caractère direct (CE, 26 novembre 1993, *SCI Les jardins de Bibémus*, n° 108851, au rec), cela sur fond d'appréciation souveraine de la perte de chance (par analogie, CE, 24 janvier 2014, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, n° 351274, aux T, à propos de la perte de chance d'obtenir une autorisation d'exploiter un service de radiodiffusion sonore par voie hertzienne et CE 11 juillet 2011, *Audinot*, n° 328183, aux T, en matière de responsabilité hospitalière).

Nous serions donc assez enclins à vous proposer de laisser les juges du fond apprécier souverainement si l'irrégularité commise a fait perdre au candidat évincé une chance et si cette chance a été ou non sérieuse, l'erreur de droit étant par ailleurs à même d'appréhender les biais méthodologiques, comme l'illustrent les décisions précitées portant sur le lien de causalité.

Ainsi, la requérante aurait pu soulever l'erreur de droit à n'avoir pas recherché si l'irrégularité commise n'avait pas eu au moins pour conséquence de lui avoir fait engager en vain des frais de présentation de son offre. Mais vous pourrez accueillir son moyen de dénaturation à ne l'avoir pas indemnisé de ces frais, d'un montant de 4 000 euros, car dès lors qu'il n'était pas soutenu que sa candidature à un marché aurait nécessairement été rejetée, elle a certainement engagé ces frais en vain.

En revanche, pour les raisons que nous avons dites tenant à l'impossibilité d'évaluer ces chances dans une compétition aussi différente que celle devant aboutir à la conclusion d'un marché public au lieu d'une concession, la cour n'a certainement pas dénaturé les pièces du dossier en rejetant ses conclusions tendant à l'indemnisation d'une perte de chance sérieuse d'obtenir un tel marché.

La circonstance, dont se prévaut la requérante, qu'elle a été attributaire en 2017 d'un marché portant sur l'exploitation de la cuisine centrale de la commune, ne suffit pas, comme l'a jugé la cour sans encourir les critiques d'insuffisance de motivation, d'erreur de qualification juridique ou de dénaturation qui lui sont

faites, à établir qu'elle avait des chances sérieuses d'obtenir le marché.

Non parce que cette circonstance est postérieure à son éviction, votre décision du 26 mars 2018, *Société Balineau* (n° 401060, aux T), par laquelle vous avez tenu compte d'un nouveau marché obtenu par la candidate évincée pour apprécier l'existence de son préjudice, montrant au contraire que ce ne serait pas un obstacle, mais parce qu'au regard du très haut degré de probabilité auquel est subordonnée la reconnaissance d'une perte de chance sérieuse d'obtenir le marché, l'obtention plusieurs années plus tard d'un marché ayant le même objet ne suffit pas à établir qu'elle l'aurait très probablement obtenu compte tenu de l'offre qu'elle avait faite pour l'attribution d'une concession et certainement pas que les juges du fond ont dénaturé les pièces du dossier en estimant qu'elle ne l'établissait pas.

Si vous nous suivez pour considérer que la cour a seulement dénaturé les pièces du dossier en rejetant les conclusions tendant à la condamnation de la commune de Saint-Benoît à indemniser la requérante de ses frais de candidature, vous annulerez l'arrêt en tant qu'il a statué sur ces conclusions, qui étaient bien identifiées et chiffrées spécifiquement, renverrez l'affaire dans cette mesure à la CAA de Bordeaux et rejetterez le surplus de conclusions du pourvoi, à l'exception de celles relatives aux frais de l'instance, auxquelles vous pourrez faire droit en mettant à la charge de la commune le versement à la société Régál des Îles d'une somme de 3 000 euros. Tel est le sens de nos conclusions.

Référence 6 : CE, 28 février 2020, *Société Régál des Îles*, n°426162

Vu la procédure suivante :

La société Régál des Îles a demandé au tribunal administratif de La Réunion d'annuler le contrat de délégation de service public relatif à la gestion du service de restauration municipale, conclu le 8 janvier 2014 par la commune de Saint-Benoît avec la société Gestion des Cuisines Centrales Réunion, et de condamner la commune à lui verser la somme de 8 758 890 euros en réparation des préjudices subis du fait de son éviction. Par un jugement n° 1400212 du 31 mars 2016, rectifié par une ordonnance du 13 juin 2016, le tribunal administratif de La Réunion a prononcé la résiliation du contrat, qu'elle a requalifié en marché public, à compter du premier jour du sixième mois suivant la notification de son jugement et rejeté le surplus des conclusions de la société.

Par un arrêt n° 16BX02772 du 8 octobre 2018, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel principal et l'appel incident formés contre ce jugement, respectivement par la commune de Saint-Benoît et la société Régál des Îles.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 10 décembre 2018 et 11 mars 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Régál des Îles demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt en tant qu'il a rejeté son appel incident ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à ses conclusions d'appel ;

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

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Célice, Texidor, Perier, avocat de la société Régál des Îles et à la SCP Colin-Stoclet, avocat de la commune de Saint-Benoît ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier du dossier soumis aux juges du fond que la commune de Saint-Benoît a, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 30 juillet 2013, lancé une procédure ouverte de passation d'une convention de délégation de service public pour la gestion de son service de restauration municipale. Par une lettre du 2 décembre 2013, la société Régál des Îles a été informée par le maire de cette commune que son offre n'avait pas été retenue. La société Régál des Îles a présenté devant le tribunal administratif de La Réunion un recours en contestation de la validité de ce contrat, conclu le 8 janvier 2014 par la commune de Saint-Benoît avec la société SOGECCIR, assorti d'une demande indemnitaire d'un montant de 8 758 890 euros en réparation de son préjudice résultant, d'une part, de son manque à gagner sur dix ans et, d'autre part, des frais engagés pour la présentation de son offre. Par un jugement du 31 mars 2016, rectifié par une ordonnance du 13 juin 2016, le tribunal administratif de La Réunion, après avoir requalifié le contrat litigieux en marché public et estimé que celui-ci était affecté de plusieurs vices présentant un caractère d'une particulière gravité, a prononcé la résiliation du contrat à compter du premier jour du sixième mois suivant la notification du jugement et rejeté le surplus de sa demande. Par l'arrêt du 8 octobre 2018, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel principal et l'appel incident formés contre ce jugement, respectivement, par la commune de Saint-Benoît et la société Régál des Îles. Cette dernière se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il a rejeté ses conclusions d'appel incident tendant à la condamnation de la commune à lui verser une somme de 8 758 890 euros.

2. Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique. En revanche, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général.

3. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, par des motifs non contestés dans le cadre du présent pourvoi, la cour administrative d'appel de Bordeaux a requalifié le contrat de délégation de service public en marché public et a relevé que ce contrat, conclu sans que le contenu et les conditions de mise en oeuvre des critères de sélection des offres n'aient été définis et sans publication d'un avis d'attribution de niveau européen, était affecté de plusieurs vices présentant un caractère d'une particulière gravité.

4. Il ressort des pièces du dossier qui lui était soumis que la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les pièces du dossier en estimant que les irrégularités mentionnées ci-dessus n'avaient pas privé la société Régal des Îles d'une chance sérieuse d'emporter le marché en litige, alors même que cette société a, postérieurement à la résiliation du contrat en litige, conclu avec la commune de Saint-Benoît un marché public pour la gestion du service de restauration municipale. La cour, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a pas davantage méconnu la portée des écritures de la requérante sur ce point.

5. En revanche, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la société Régal des Îles a été admise à présenter une offre dans le cadre de la procédure de conclusion du contrat de délégation en litige, que cette offre a été classée en deuxième position et, ainsi qu'il vient d'être dit, que la société requérante s'est vue attribuer le marché public pour la gestion du service de restauration municipale de la commune de Saint-Benoît. Dans ces conditions, la cour administrative d'appel de Bordeaux a dénaturé les pièces du dossier en estimant, pour rejeter les conclusions indemnitaires de la société Régal des Îles au titre des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre, que le recours irrégulier à la procédure de passation des délégations de service public par la commune de Saint-Benoît n'était pas susceptible d'avoir eu une incidence sur l'éviction de la société Régal des Îles et que celle-ci était dépourvue de toute chance d'obtenir ce marché.

6. Il résulte de ce qui précède que la société Régal des Îles est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque en tant seulement qu'il a rejeté ses conclusions, présentées par la voie de l'appel incident, tendant à l'indemnisation des frais engagés pour la présentation de son offre.

7. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Saint-Benoît la somme de 3 000 euros à verser à la société Régal des Îles, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les mêmes dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la société Régal des Îles qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

DECIDE :

Article 1er : L'arrêt du 8 octobre 2018 de la cour administrative d'appel de Bordeaux est annulé en tant qu'il a rejeté les conclusions de la société Régal des Îles tendant à l'indemnisation des frais engagés pour la présentation de son offre.

Article 2 : L'affaire est renvoyée dans cette mesure à la cour administrative d'appel de Bordeaux.

Article 3 : La commune de Saint-Benoît versera à la société Régal des Îles une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Ses conclusions présentées sur le même fondement sont rejetées.

Référence 7 : CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n° 417580

Vu la procédure suivante :

La société Imprimerie Chiffolleau a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nantes d'annuler, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'appel d'offres engagé par Nantes Métropole en vue de la passation d'un accord-cadre multi-attributaire pour la réalisation de travaux d'impression. Par une ordonnance n° 171125 du 9 janvier 2018, le juge des référés a annulé cet appel d'offres.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 24 janvier, 7 février et 13 avril 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Nantes Métropole demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Imprimerie Chiffolleau ;

3°) de mettre à la charge de la société Imprimerie Chiffolleau la somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 ;

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;

- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;

- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nantes que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 2 octobre 2017, Nantes Métropole, agissant au nom et pour le compte d'un groupement de commandes constitué avec la commune de Nantes, son centre communal d'action sociale et l'école supérieure des beaux-arts de Nantes Métropole, a engagé la procédure de passation d'un accord-cadre multi-attributaires portant sur la réalisation de travaux d'impression ; que, par un courrier du 7 décembre 2017, la société Imprimerie Chiffolleau s'est vu notifier le rejet de son offre ; que, par l'ordonnance attaquée du 9 janvier 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes, saisi par la société Imprimerie Chiffolleau sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé l'appel d'offres engagé par Nantes Métropole ;

Sur la régularité de l'ordonnance :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix (...)* » ; qu'aux termes de l'article 5 du même code : « *L'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence* » ;

3. Considérant, d'une part, que les décisions prises par le juge des référés sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative sont rendues à la suite d'une procédure particulière qui, tout en étant adaptée à la nature des demandes et à la nécessité d'assurer une décision rapide, doit garantir le caractère contradictoire de l'instruction ; que, si les parties peuvent présenter en cours d'audience des observations orales à l'appui de leurs écrits, elles doivent, si elles entendent soulever des moyens nouveaux, les consigner dans un mémoire écrit ; que le juge ne saurait accueillir de tels moyens sans avoir mis le défendeur à même de prendre connaissance du mémoire qui les soulève ;

4. Considérant qu'il ressort du deuxième mémoire en réplique produit par la société Imprimerie Chiffolleau devant le juge des référés et communiqué à Nantes Métropole que la société soutenait que des critères relatifs à la politique générale de l'entreprise ne pouvaient pas être mis en œuvre pour le choix de l'attributaire du marché, faute de lien avec l'objet du marché ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que le juge des référés aurait retenu sur ce point un moyen soulevé oralement lors de l'audience et non repris dans les écritures de la société pour annuler la procédure d'appel d'offres manque en fait ;

5. Considérant, d'autre part, que la circonstance que le juge des référés du tribunal administratif de Nantes n'ait pas communiqué à Nantes Métropole un troisième mémoire en réplique présenté par la société Imprimerie Chiffolleau, postérieurement à la tenue de l'audience, mais avant la clôture de l'instruction, n'entache pas d'irrégularité l'ordonnance attaquée dès lors que ce mémoire ne comportait aucun élément de droit ou de fait lié au motif sur lequel ce juge s'est fondé pour annuler la procédure de passation du marché ;

Sur le bien-fondé de l'ordonnance :

6. Considérant qu'aux termes de l'article 52 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *Le marché public est attribué (...) sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. / Le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 38* » ; qu'aux termes de l'article 38 de cette ordonnance : « *Sont réputées liées à l'objet du marché les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux fournitures ou services* » ; qu'aux termes de l'article 62 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « *II. - Pour attribuer le marché public au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde : / 1° Soit sur un critère unique qui peut être : a) Le prix (...); b) Le coût (...)/ 2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants : / a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ; / (...) / D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution* » ;

7. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que si l'acheteur peut, pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, mettre en œuvre des critères comprenant des aspects sociaux, c'est à la condition, notamment, qu'ils soient liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ; qu'à cet égard, des critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi, aux

conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché ; que ces dispositions n'ont, en revanche, ni pour objet ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause ;

8. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nantes que Nantes Métropole a prévu un critère de sélection relatif à la « performance en matière de responsabilité sociale », pondéré à hauteur de 15 % de la note totale, décomposé en cinq sous-critères relatifs à la « *protection de l'environnement* », aux « *aspects sociaux* », aux « *aspects sociétaux* », à la « *performance économique durable* » ainsi qu'aux « *aspects gouvernance* » des entreprises candidates ; que l'article 2.5 du règlement de la consultation précise que l'utilisation de ce critère s'inscrit dans le cadre d'une politique dite « *Achats Durables* » de l'acheteur qui « *implique que l'entreprise doive, tout en assurant sa performance économique, assumer ses responsabilités au regard des objectifs du développement durable c'est-à-dire dans les domaines environnementaux, sociaux et sociétaux* » ; qu'il ressort du « *cadre de réponse diagnostique RSE* » prévu par le dossier de consultation, que ce critère est évalué sur la base d'une appréciation d'éléments généraux, tels que la « *lutte contre les discriminations* » et le « *respect de l'égalité hommes / femmes* », appréciés au regard du taux d'emploi et de la rémunération des travailleurs handicapés et féminins, la « *sécurité et la santé du personnel* », évaluées sur la base du nombre d'accidents du travail pendant les trois dernières années et de la durée totale des arrêts de travail sur le dernier exercice, les dépenses de formation du personnel engagées par l'entreprise, la « *stabilité des effectifs* » et la limitation du recours aux contrats d'intérim, ou encore la formation active des stagiaires et apprentis par des tuteurs certifiés ; que, contrairement à ce que soutient Nantes Métropole, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes n'a pas dénaturé les pièces du dossier en estimant que le critère de « performance en matière de responsabilité sociale » ne concerne pas seulement les conditions dans lesquelles les entreprises candidates exécuteraient l'accord-cadre en litige mais porte sur l'ensemble de leur activité et a pour objectif d'évaluer leur politique générale en matière sociale, sans s'attacher aux éléments caractérisant le processus spécifique de réalisation des travaux d'impression prévus par le contrat ; qu'il résulte de ce qui a été dit au point précédent que le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en en déduisant que ce critère n'a pas un lien suffisant avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ;

9. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que Nantes Métropole n'est pas fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque ;

10. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la société Imprimerie Chiffolleau qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu de mettre à la charge de Nantes Métropole la somme de 4 000 euros, à verser à la société Imprimerie Chiffolleau au titre des mêmes dispositions ; [rejet]