

**N°447221**  
**Ville de Paris**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 9 avril 2021**  
**Lecture du 27 avril 2021**

## **Conclusions**

### **Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique**

Le pourvoi qui vient d'être appelé vous conduira à trancher trois questions aussi intéressantes que distinctes, dans le cadre d'un référé précontractuel : 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 (EPMM), réparties en trois lots. La société Sixense a présenté une offre pour les lots n°s 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 5 candidats, ne comprenant pas la société Sixense engineering dont l'offre a été classée 6<sup>ème</sup>.

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<sup>1</sup>.

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.

---

<sup>1</sup> Le JRTA n'a pas annulé la procédure s'agissant de l'accord-cadre EPMM

Comme vous le savez, en application de l'article L. 551-10 du code de justice administrative, les personnes habilitées à engager un référé précontractuel sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué.

En application de ces dispositions et de votre jurisprudence Smirgeomes<sup>2</sup>, le juge du référé précontractuel 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 (voyez en ce sens : 7/2 SSR, 11 août 2019, Département des Alpes maritimes, n° 320088).

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.

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

---

<sup>2</sup> Section, 3 octobre 2008, Smirgeomes, n° 305420

<sup>3</sup> N° 2003-473 DC du 26 juin 2003

n'a pas été le cas dans les circonstances de l'espèce (CJUE, 3 mars 2005, Fabricom SA C/ Belgique, aff. C-21/03 et C-34/03).

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 bénéficié d'un avantage concret (29 juillet 1998, Société Genicorp, n° 177952, aux Tables sur ce point).

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 (7/2 SSR, 12 novembre 2015, Société anonyme gardéenne d'économie mixte, n° 386578).

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 1<sup>er</sup> 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 XV<sup>ème</sup> 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.

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 (18 juin 2010, *Société Bureau Veritas*, n° 336418, aux Tables sur ce point).

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 Ecole nationale supérieure de sécurité sociale (19 octobre 2012, n° 361459, aux Tables, conclusions Gilles Pellissier).

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<sup>4</sup>, 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

---

<sup>4</sup> 29 mars 2010, Anizan, aux Tables

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<sup>ème</sup> alors que l'attribution concernait 5 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 (voir en ce sens : 12 janvier 2011, Département du Doubs, n° 343324, aux Tables).

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 :

- A l'annulation des articles 1<sup>er</sup> et 2 de l'ordonnance attaquée
- A 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,
- A ce que la ville de Paris verse à la société Sixense la somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet de ses conclusions présentées au même titre.