

[Jurisprudence] Pas d'exclusion du candidat sur le fondement de l'information trompeuse

Réf. : CE, 2°-7° ch. réunies, 24 mars 2022, n° 457733, mentionné aux tables du recueil Lebon [N° Lexbase : A34237R9](#)

N1041BZL



par Elisabeth Fernandez Begault, Avocat associé, spécialiste en droit public, Romain Denilauler, Avocat à la Cour, cabinet Seban Occitanie et Mathilde Aulard, étudiante en Master 2 Droit public des affaires
le 06 Avril 2022

Mots clés : marchés publics • exclusion • dénomination • confusion • influence

Le Conseil d'État vient préciser les conditions de mise en œuvre des motifs d'exclusions facultatifs prévues aux articles L. 3123-8 [N° Lexbase : L4366LR7](#) et L. 3123-11 [N° Lexbase : L4526LR3](#) du Code de la commande publique, en jugeant que la dénomination sociale d'un candidat, susceptible d'induire un risque de confusion avec une autre société candidate à l'attribution du même contrat, ne suffit pas à justifier son exclusion.

Une commune, concessionnaire de la plage de Pampelonne, a lancé une consultation en vue de l'attribution d'une sous-concession de travaux et de service public balnéaire pour l'exploitation du lot n° 23 de cette plage. La commune a informé la société « EPI plage de Pampelonne » que son offre, arrivée en deuxième position, se trouvait rejetée, et que la sous-concession du lot n° 23 avait été attribuée à la société « EPI ».

Le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon a considéré que la dénomination sociale de la société « EPI », renvoyant directement à la dénomination de la société « EPI Plage de Pampelonne », d'ailleurs titulaire de la marque « EPI Plage » et propriétaire de l'hôtel éponyme, créait « un grave risque de confusion » entre

les deux candidats. Il en déduit que l'autorité concédante aurait dû exclure la société EPI de la procédure de passation ou, à tout le moins, solliciter ses observations sur le fondement de l'article L. 3123-11 du Code de la commande publique.

Le Conseil d'État censure le raisonnement du juge de première instance, estimant qu'en « statuant ainsi, alors que le choix par un opérateur économique d'une dénomination sociale ne saurait, au seul motif que celle-ci est susceptible d'induire un risque de confusion avec une autre société également candidate à l'attribution de la sous-concession en litige, justifier son exclusion sur le fondement des dispositions de l'article L. 3123-8 du Code de la commande publique, le juge des référés a commis une erreur de droit ».

Les motifs d'exclusions de plein droit d'un candidat de la procédure de passation des contrats de concession, prévus aux articles L. 3121-1 [N° Lexbase : L4362LRY](#) à L. 3123-6 du Code de la commande publique côtoient des motifs d'exclusions laissés à l'appréciation de l'autorité concédante (CCP, art. L. 3123-7 [N° Lexbase : L4365LR4](#) à L. 3123-11). Au nombre de ces derniers figure le motif décrit par les dispositions de l'article L. 3123-8 du Code de la commande publique : « L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui ont entrepris d'influer indûment le processus décisionnel de l'autorité concédante ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ». Etant précisé qu'aux termes de l'article L. 3123-11 du Code de la commande publique, « l'autorité concédante qui envisage d'exclure un opérateur économique en application de la présente sous-section doit le mettre à même de présenter ses observations, d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement ».

Le Conseil d'État interprète ces dispositions comme permettant « à l'autorité concédante d'exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats », selon un considérant que l'on retrouvait déjà, *mutatis mutandis*, dans la décision « Département des Bouches-du-Rhône » [\[1\]](#), concernant un marché public.

La seule dénomination sociale n'est, donc, pas constitutive d'une tentative d'influencer indûment l'acheteur, ni une « information trompeuse » à même de justifier une exclusion du candidat de la procédure de passation. En jugeant autrement, le juge de première instance avait commis une erreur de qualification, est donc une erreur de droit encourageant la censure. L'appréciation du juge pouvait s'appuyer, en l'espèce, sur les considérations développées par la rapporteure publique, que les candidatures faisaient apparaître le nom véritable des deux sociétés — d'ailleurs concurrente pour l'attribution d'un même lot — ainsi que le détail de l'actionnariat et les éléments relatifs à leur structure juridique.

S'agissant d'un moyen tiré de l'absence de mise en œuvre d'un motif d'exclusion facultatif, le raisonnement conduisant à la censure de l'ordonnance entreprise aurait, éventuellement, également pu se placer sur le terrain d'appréciation dont bénéficie l'acheteur en la matière, au regard de la jurisprudence européenne en la matière, qui a déjà pu rappeler qu'il appartient au seul pouvoir adjudicateur d'apprécier si la candidature d'un opérateur économique doit être exclue d'une procédure de passation d'un marché pour un motif d'exclusion facultatif [\[2\]](#).

En d'autres termes, la société requérante n'était pas fondée à porter devant le juge, un litige relevant peut-être davantage du droit des marques ou du parasitisme économique.

passation. Évoquant l'affaire au fond, le Conseil d'État relève que l'offre remise par l'attributaire, qui ne respectait pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation, était irrégulière au sens des dispositions de l'article L. 3124-3 du Code de la commande publique [N° Lexbase : L3761LRQ](#), et aurait donc dû être éliminée, sans être classée.

Ainsi, le juge considère que la requérante était tout de même « fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du lot n° 23 de sous-concession de plage, au stade de l'examen des offres ».

À retenir

Attention au motif d'exclusion facultatif d'un candidat dans les contrats de la commande publique ! L'exclusion d'un candidat pour un motif d'exclusion facultatif ne peut être mise en œuvre qu'après avoir recueilli les explications du candidat concernant, et à la condition que des éléments précis et circonstanciés permettent d'établir la réalité du motif invoqué.

[1] CE, 24 juin 2019, n° 428866 [N° Lexbase : A3721ZGW](#).

[2] CJCE, 19 juin 2019, aff. C-41/18, Meca Srl c/ Comune di Napoli [N° Lexbase : A7780ZEU](#).

© *Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable*