

Contentieux liés à la communication d'informations

Dans le cadre d'un contentieux initié à l'occasion d'une procédure de passation, les requérant soulèvent fréquemment des moyens relatifs à la communication d'informations par l'acheteur, soit pour reprocher un manque de transparence, soit pour reprocher au contraire une atteinte à la confidentialité. Par deux décisions rendues durant le premier semestre 2022, le Conseil d'État a précisé l'office du juge du référé précontractuel ainsi que du juge du référé « secret des affaires » en la matière.

Les principes essentiels de la commande publique – liberté d'accès, égalité de traitement et transparence des procédures – impliquent la communication réciproque d'informations entre les différents protagonistes impliqués dans la procédure de passation, à savoir l'acheteur d'un côté, les candidats de l'autre.

S'agissant des acheteurs, ils sont tenus de communiquer aux candidats des informations suffisamment précises sur la nature et l'étendue de leur besoin, les modalités d'accès aux documents de la consultation et d'échanges, les pièces exigées au titre de la candidature et de l'offre et – point particulièrement sensible – les critères et sous-critères de sélection des candidatures et surtout des offres.

S'agissant des candidats, ils doivent communiquer à l'acheteur toutes les informations requises par les documents de la consultation au titre de leur candidature et de leur offre. Certaines de ces informations sont couvertes par le secret des affaires et doivent donc demeurer confidentielles.

Dans ces conditions, il est fréquent que, dans le cadre d'un contentieux initié à l'occasion d'une procédure de passation, des moyens aient trait à la communication d'informations par l'acheteur, soit pour reprocher un manque de transparence, soit pour reprocher au contraire une atteinte à la confidentialité.

Par deux décisions rendues durant le premier semestre 2022, le Conseil d'État a précisé l'office du juge du référé précontractuel ainsi que du juge du référé « secret des affaires » en la matière⁽¹⁾.

Auteurs

Guillaume Gauch
Avocat associé

Alice Larmet et Romain Millard
Avocats
Seban Avocats

Références

CE 1^{er} avril 2022, Société Bourdarios, req. n° 458793
CE 10 février 2022, CHU de Pointe-à-Pitre/Abymes, req. n° 456503

(1) CE 1^{er} avril 2022, Société Bourdarios, req. n° 458793 ;
CE 10 février 2022, CHU de Pointe-à-Pitre/Abymes, req. n° 456503.

Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence a également rendu, au cours de ces derniers mois, une décision qui apporte une illustration supplémentaire des pratiques illégales d'échanges d'informations entre entreprises à des fins d'entente^[2].

Requalification d'un élément d'appréciation en critère de sélection : des précisions apportées sur l'office du juge des référés précontractuels

Les critères d'attribution élaborés par l'acheteur constituent une information qui doit être portée à la connaissance de tous les candidats, dès l'engagement de la procédure de passation, afin de garantir le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement entre les candidats, et de transparence des procédures.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) l'a depuis longtemps affirmé, en considérant que les critères d'attribution doivent être formulés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière^[3].

En droit interne, le Code de la commande publique impose que les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre – pondération (obligatoire pour les marchés publics conclus en procédure formalisée) ou hiérarchisation – soient indiqués dans les documents de la consultation^[4].

En complément, la jurisprudence a précisé que lorsque l'acheteur décide, pour mettre en œuvre des critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit les porter à la connaissance des candidats dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection^[5].

A contrario, il est admis que les éléments d'appréciation qui sont utilisés pour faire application des critères de sélection ne sont pas obligatoirement communicables aux candidats, dès lors que ces éléments d'appréciation

sont hiérarchisés de manière identique entre eux et ne sont donc pas susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres^[6].

Or, il est assez fréquent que, dans le cadre d'un référé précontractuel dirigé contre la procédure de passation d'un contrat de la commande publique, un candidat évincé soutienne qu'un élément d'appréciation était en réalité un critère de sélection et aurait donc dû être porté à la connaissance des candidats.

Quel est alors l'office du juge des référés saisi d'un tel moyen ? C'est à cette question que le Conseil d'État a apporté de nouveaux éléments de réponse, par sa récente décision *Société Bourdarios* du 1^{er} avril 2022^[7].

Dans cette affaire, une consultation avait été lancée par le ministère de l'Économie en vue de la passation d'un marché public global de performance de reconstruction, réhabilitation, exploitation et maintenance du site d'implantation de la nouvelle cité administrative de Toulouse.

Parmi les critères d'analyse des offres qui avaient été portés à la connaissance des candidats au moyen du règlement de la consultation figurait un sous-critère technique « Réponse aux besoins fonctionnels décrits au tome 1 », noté sur 7,5 points. Au stade de l'analyse des offres, l'acheteur a distribué aux membres du jury un barème de notation de ce sous-critère technique comportant trois éléments d'appréciation à prendre en compte, chacun noté sur 2,5 points (« insertion dans le site/qualité architecturale » ; « pertinence de la fonctionnalité du projet » ; analyse de la fonctionnalité des entités accueillies »). Ce barème n'avait pas été porté à la connaissance des candidats, ce dont a tiré argument un candidat évincé pour contester la régularité de la procédure dans le cadre d'un référé précontractuel.

En première instance, le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a fait droit à ce moyen, considérant que les deuxième et troisième éléments d'appréciation précités se rapportaient tous deux à la qualité fonctionnelle du projet et qu'il y avait donc lieu de les « fusionner ». Il en résultait une pondération différenciée entre, d'un côté, les éléments relevant de la qualité architecturale, notés sur 2,5 points et, d'un autre côté, les éléments relevant de la qualité fonctionnelle, notés sur 5 points, ce qui faisait de ces éléments d'appréciation des critères de sélection. Le juge des référés en a conclu qu'en ne communiquant pas aux candidats ces critères et leur pondération, le pouvoir adjudicateur avait méconnu la règle de transparence des procédures, que cette irrégularité avait été de nature à léser la société requérante, eu égard au faible écart de points et, par suite, a annulé la procédure litigieuse^[8].

Saisi d'un pourvoi par la Société Bourdanos, attributaire pressenti, le Conseil d'État a annulé l'ordonnance

[2] Autorité de la concurrence, décision n° 22-D-08 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la collecte et de la gestion des déchets en Haute-Savoie.

[3] CJCE 18 octobre 2001, SIAC Construction, aff. C-19/00.

[4] CCP, art. R. 2152-11 et 2152-12 (marchés publics) ; CCP, art. R. 3124-5 (concessions).

[5] CE 18 juin 2010, Commune de Saint Pal de Mons, req. n° 337377.

[6] CE 4 avril 2018, Ministre des armées, req. n° 416577.

[7] CE 1^{er} avril 2022, Société Bourdarios, req. n° 458793.

[8] TA Toulouse 10 novembre 2021, Société Eiffage Construction Midi Pyrénées, req. n° 2106173.

rendue en première instance pour le motif suivant : « En statuant ainsi, alors que le barème de notation, qu'il n'appartenait pas au juge du référé précontractuel de recomposer, distinguait trois éléments d'appréciation pondérés à la même hauteur, l'auteur de l'ordonnance attaquée a dénaturé les pièces du dossier ».

Ce faisant, le Conseil d'État a posé le principe selon lequel le juge du référé précontractuel ne peut recomposer un barème de notation afin de requalifier un élément d'appréciation en critère de sélection.

Par la suite, statuant au fond, il a écarté l'ensemble des moyens soulevés par le candidat évincé comme étant infondés et rejeté la requête.

Il faut donc retenir de cette nouvelle décision que le juge des référés ne peut se substituer au pouvoir adjudicateur pour définir les critères de sélection et les éléments d'appréciation, ce qui est cohérent avec la ligne jurisprudentielle – encore très récemment réaffirmée⁽⁹⁾ – selon laquelle il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer sur l'appréciation portée par l'acheteur sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres et qu'il doit seulement vérifier que cette appréciation n'a pas été entachée d'une dénaturation du contenu de l'offre⁽¹⁰⁾.

Interdire les échanges d'information sur les offres entre l'acheteur et son AMO : les pouvoirs limités du juge du référé « secret des affaires »

Dans le cadre d'une procédure de passation, un certain nombre d'informations communiquées par les candidats à l'acheteur public sont protégées par le secret des affaires et doivent donc demeurer confidentielles.

En ce sens, le Code de la commande publique dispose notamment que l'acheteur ne peut pas communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres⁽¹¹⁾.

Pour identifier les informations protégées par le secret des affaires, l'acheteur doit se référer aux dispositions de l'article L. 151-1 du Code de commerce, selon lesquelles une information protégée au titre du secret des affaires est une information connue par un nombre restreint de personnes, ayant une valeur commerciale, effective ou potentielle en raison de son caractère secret et qui fait

l'objet de mesures de protection raisonnables pour en conserver le caractère secret.

Et, lorsqu'un candidat considère que l'acheteur est sur le point de porter atteinte ou a déjà porté atteinte à ce secret, il peut, depuis le 1^{er} janvier 2020, saisir la juridiction d'un référé « secret des affaires », sur le fondement de l'article R. 557-3 du Code de justice administrative, afin que celle-ci prescrive toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée pour y remédier, y compris sous astreinte.

Toutefois, le référé « secret des affaires » peut-il être utilisé par un candidat pour remettre en cause l'impartialité du bureau d'études en charge d'assister l'acheteur dans l'analyse des offres et, pour ce motif, exiger que les informations confidentielles sur son offre ne lui soient pas communiquées ? C'est à cette question qu'a récemment répondu le Conseil d'État, saisi pour la première fois d'un pourvoi contre une ordonnance de référé « secret des affaires », par sa décision *CHU de Pointe-à-Pitre/Abymes* du 10 février 2022⁽¹²⁾.

À la demande d'un candidat à la procédure de passation d'un marché public d'assurances lancée par le Centre Hospitalier de Pointe-à-Pitre/Abymes, le juge des référés du tribunal administratif de la Guadeloupe avait interdit au dirigeant de l'assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO) ainsi qu'à toute personne y travaillant d'accéder aux documents communiqués à l'acheteur par les soumissionnaires et a suspendu l'analyse des offres au motif que le dirigeant de cet AMO entretenait des relations étroites avec une entreprise concurrente.

Saisi par l'acheteur d'un pourvoi contre l'ordonnance rendue en première instance, le Conseil d'État aurait pu, ainsi que l'y invitait le Rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil, considérer que l'existence d'une obligation légale ou contractuelle de confidentialité à la charge de celui dont on redoute qu'il n'enfreigne le secret ne suffit pas, par elle-même, à l'écarter et qu'il appartient toujours, en pareil cas, au juge d'apprécier concrètement si le risque est suffisamment élevé ; il aurait également pu suivre le Rapporteur public en considérant qu'en l'espèce, le risque de violation du secret des affaires était avéré et que le juge des référés avait à bon droit interdit à l'acheteur de transmettre les offres au dirigeant ainsi qu'à l'ensemble des personnels de son AMO⁽¹³⁾.

Cependant – fait suffisamment rare pour être souligné – la formation de jugement a été totalement à rebours des conclusions du Rapporteur public.

Tout d'abord, elle a annulé l'ordonnance attaquée en relevant une erreur de droit, considérant que pour apprécier le risque d'atteinte au secret des affaires, le juge des référés devait prendre en compte l'obligation

(9) CE 18 février 2022, Société Philip Frères, req. n° 457578.

(10) CE 20 janvier 2016, Société Derichebourg Polyurbaine, req. n° 394133.

(11) CCP, art. L. 2132-1 (marchés publics) ; CCP, art. L. 3122-3 (concession).

(12) CE 10 février 2022, CHU de Pointe-à-Pitre/Abymes, req. n° 456503.

(13) Marc Pichon de Vendeuil, concl. ss. CE, 10 février 2022, req. n° 456503, *BJCP* 142, pp. 167-170.

de confidentialité qui s'impose aux acheteurs ainsi qu'à leurs assistants à maîtrise d'ouvrage.

Ensuite, statuant sur le fond, elle s'est bornée à considérer que l'existence de relations étroites entre le dirigeant de la société exerçant le rôle d'AMO et une société concurrente candidate ne suffisait pas, par elle-même, à caractériser un risque d'atteinte imminente au secret des affaires, dès lors que les dirigeants et les personnels de l'AMO étaient tenus à une obligation contractuelle de confidentialité dans le cadre de leur mission.

Par suite, elle a rejeté la requête, après avoir invité la société requérante à se tourner vers le juge du référé précontractuel si elle souhaitait contester la régularité de la procédure de passation : « A cet égard, il appartiendra à la requérante, si elle s'y croit fondée, de faire valoir notamment devant le juge du référé précontractuel tout manquement qu'elle aura relevé aux règles de publicité et de concurrence, tenant, le cas échéant, en une violation par le pouvoir adjudicateur du secret commercial ou de l'impartialité à laquelle celui-ci est tenu ».

En statuant ainsi sans rechercher si, en dépit de l'existence d'une obligation contractuelle de confidentialité, il existait concrètement un risque avéré de manquement au secret des affaires, le Conseil d'État retient une conception très restrictive de l'office du Juge du référé « secret des affaires », vraisemblablement dans le but de clarifier la distinction entre ce nouveau recours et le référé précontractuel et d'éviter ainsi la confusion entre les deux procédures, dont les conditions d'exercice et les conséquences ne sont pas les mêmes.

Échanges illicites d'informations entre candidats : la mise au point de l'Autorité de la concurrence

En matière de communication d'informations, l'acheteur doit également faire preuve d'une vigilance particulière s'agissant des informations qui pourraient être communiquées entre les candidats, dans le cadre d'une entente anticoncurrentielle.

À ce titre, l'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises, à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse, à limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements, ou le progrès technique, ou encore, à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

Compte tenu de certaines caractéristiques afférentes au droit de la commande publique (formalisme,

allotissement, transparence des critères), l'Autorité de la concurrence a régulièrement l'occasion de sanctionner des échanges d'informations survenus entre des sociétés candidates à des procédures de mise en concurrence.

Ainsi, aux termes d'une récente décision en date du 3 mars 2022^[14], l'Autorité de la concurrence a sanctionné plusieurs entreprises intervenant sur le marché de la collecte et la gestion des déchets en Haute-Savoie, pour des pratiques d'ententes anticoncurrentielles commises à l'occasion de la réponse à des appels d'offres.

En effet, plusieurs entreprises avaient faussé les procédures d'appels d'offres lancées par différentes collectivités publiques de Haute-Savoie entre 2010 et 2016, en échangeant des informations avant le dépôt des offres et en soumettant des offres « de couverture » conçues pour être inacceptables pour l'acheteur mais qui visaient à donner l'apparence d'une véritable concurrence.

Ces échanges d'informations étaient matérialisés par l'envoi, spontané ou à la suite de sollicitations, de consignes de prix et avaient donné lieu au dépôt d'offres de couverture ou à la transmission de l'intention de soumissionner aux marchés lancés.

L'Autorité a estimé que ces pratiques constituaient, ensemble, une infraction unique et continue qui contrevenait aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce, dans la mesure où elles ont altéré le libre jeu de la concurrence à l'occasion de ces appels d'offres.

Les sociétés mises en cause ont sollicité le bénéfice de la procédure de transaction, en application des dispositions du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, ce qui a donné lieu à l'établissement de procès-verbaux de transaction fixant le montant maximal et le montant minimal de la sanction pécuniaire qui pourrait être infligée par l'Autorité de la concurrence.

C'est dans ces conditions que cette dernière leur a infligé des sanctions pécuniaires allant de 60 000 à 950 000 euros, pour un montant total de 1 500 000 euros.

Il convient enfin de souligner que la personne publique victime de pratiques anticoncurrentielles de la part de son cocontractant, constitutives d'un dol ayant vicié son consentement, peut saisir le juge administratif, d'une part, de conclusions tendant à ce que celui-ci prononce l'annulation du marché litigieux et, d'autre part, de conclusions tendant à la condamnation du cocontractant, au titre de sa responsabilité quasi-délictuelle, à réparer les préjudices subis en raison de son comportement fautif.

[14] Autorité de la concurrence, 3 mars 2022, n° 22-D-08.