

[Jurisprudence] Pas d'exclusion pour le candidat qui accède à des données confidentielles à la faveur d'un bug informatique

Réf. : CE, 2°-7° ch. réunies, 2 février 2024, n° 489820, publié au recueil Lebon N° Lexbase [N° Lexbase : A92462IB](#)

N8459BZC

par Elisabeth Fernandez-Bégault, Avocate associée spécialiste en droit public, Romain Denilauler, Avocat collaborateur, et Yassine Kasmi, élève-avocat (Cabinet Seban Occitanie)

le 15 Février 2024

Mots clés : dématérialisation • confidentialité • dysfonctionnement informatique • impartialité • égalité des candidats

Dans une décision du 2 février 2024, le Conseil d'État a estimé que l'autorité concédante n'était pas tenue d'exclure le soumissionnaire qui a eu connaissance d'informations confidentielles relatives à une offre concurrente, en raison d'une défaillance de la plateforme de dématérialisation, dès lors qu'il a informé l'autorité concédante du dysfonctionnement informatique et n'en a pas tiré parti.

L'affaire concernait une procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution d'un contrat de concession portant sur le renouvellement de la délégation du service public de l'eau potable. L'autorité concédante avait choisi de recourir à une procédure restreinte, décomposée, donc, en deux étapes : d'abord, une sélection des candidats admis à présenter une offre ; ensuite, une phase de sélection des offres. Cette dernière comportant, aux termes du règlement de la consultation, trois étapes : l'offre initiale, suivie d'une négociation, puis la remise d'une offre intermédiaire améliorée, suivie d'une seconde négociation, avant la remise des offres finales.

Deux candidats ont été admis à présenter une offre, et ont été invités à négocier. Un grave dysfonctionnement de la plateforme de dématérialisation a conduit à ce que l'un des deux soumissionnaires puisse prendre connaissance de données confidentielles relatives à l'offre intermédiaire de son concurrent ; ce dont il a informé l'autorité concédante.

Après une investigation quant à l'ampleur et l'origine de la défaillance informatique, qui a exclu toute responsabilité du soumissionnaire, l'autorité concédante a informé les soumissionnaires en lice et a décidé de suspendre les négociations en vue de l'attribution de la concession. L'autorité concédante considérait bientôt toute reprise des négociations envisageable eu égard aux circonstances.

L'autorité concédante décide alors d'attribuer le contrat de concession au regard des offres intermédiaires, après une mise au point avec chacun des deux soumissionnaires.

Sans attendre la décision d'attribution, le soumissionnaire victime de la fuite d'informations a alors saisi le juge du référé précontractuel.

Par une ordonnance du 29 novembre 2023, le juge des référés du tribunal administratif de Paris rejette la demande, qui tendait à l'annulation de la procédure et sa reprise au stade des négociations des offres intermédiaires. Le requérant malheureux s'est pourvu en cassation.

En premier lieu, le Conseil d'État examine la qualification de l'autorité concédante : agit-elle en qualité de pouvoir adjudicateur, ou d'entité adjudicatrice, lorsqu'elle conclut un contrat de concession, portant dévolution de la gestion du service d'eau potable ?

Le Conseil d'État retient que le tribunal administratif de Paris a inexactement qualifié les faits et commis une erreur de droit en considérant que l'autorité concédante avait agi en qualité d'entité adjudicatrice.

Aux termes des dispositions L. 1211-1 **N° Lexbase : L3877LRZ** et suivants du Code de la commande publique, la haute juridiction administrative rappelle que l'acheteur ou l'autorité concédante a la qualité de pouvoir adjudicateur lorsqu'il confie à un tiers l'exploitation du réseau d'eau dont il a la charge **[1]**, le juge distinguant la dévolution de la gestion du réseau (pouvoir adjudicateur) de son exploitation (entité adjudicatrice).

La distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice a notamment une incidence sur le régime contentieux, dans le cadre du référé précontractuel ; le juge du référé précontractuel disposant de pouvoirs moins étendus lorsque le contrat est passé par une entité adjudicatrice.

La décision commentée retient ainsi que le tribunal administratif a irrégulièrement fondé son ordonnance sur les articles L. 551-5 **N° Lexbase : L6260I3A** et suivants du Code de justice administrative, relatifs aux référés précontractuels dirigés contre les procédures des entités adjudicatrices, quand il aurait dû exciper des articles L. 551-1 **N° Lexbase : L3270KG9** et suivants du même code.

Le Conseil d'État minore, voire neutralise, cette erreur de fondement, en considérant qu'elle est sans incidence sur le dispositif et les motifs de l'ordonnance entreprise, dès lors que les moyens invoqués par la société requérante sont soumis aux mêmes règles selon qu'il s'agisse d'entités adjudicatrices ou de pouvoirs adjudicateurs. Le procédé est connu : le juge de cassation d'une ordonnance de référé précontractuel examine chacun des motifs pour établir si l'un des moyens suffit à justifier légalement le dispositif de l'ordonnance **[2]**.

Le fondement du référé précontractuel étant rétabli sur la base des textes applicables aux pouvoirs adjudicateurs, le Conseil d'État peut s'attaquer au nœud de l'affaire.

En deuxième lieu, le Conseil d'État examine le moyen tiré de ce que l'autorité concédante aurait dû exclure le récipiendaire involontaire des données confidentielles relatives à l'offre concurrente, sur le fondement des dispositions de l'article L. 3123-8 du Code de la commande publique **N° Lexbase : L4366LR7**.

Pour mémoire, les dispositions de l'article L. 3123-8 du Code de la commande prévoient que « l'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui ont entrepris d'influencer 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 ».

L'exclusion — qui figure d'ailleurs au rang des exclusions dites « facultatives » — n'est cependant pas automatique. Le juge administratif recherche si des « éléments précis et circonstanciés » permettent de considérer que le soumissionnaire en cause s'est essayé à des démarches déloyales pour en tirer un avantage indu. Les éléments doivent donc être sérieux et pragmatiques pour amener l'autorité concédante à exclure un soumissionnaire pour ce motif **[3]**.

Le Conseil d'État approuve l'appréciation portée par le premier juge, et prend soin de relever les circonstances particulières du cas d'espèce :

- le fait que le soumissionnaire a connu des informations relatives à la proposition concurrente résultait d'un dysfonctionnement informatique de la plateforme de dématérialisation qui ne lui était pas imputable ;
- la circonstance qu'il a informé l'autorité concédante avant la poursuite de la procédure de négociation et le dépôt de l'offre finale, interprétée comme une renonciation à tirer profit de la divulgation des données confidentielles.

Circonstances factuelles qui amènent le juge administratif à considérer que l'autorité concédante n'était pas tenue d'exclure le récipiendaire involontaire des données confidentielles.

Restait un dernier moyen, tiré du non-respect par l'autorité concédante de la procédure de négociation indiquée dans le règlement de la consultation. L'autorité concédante avait en effet écourté la consultation, en procédant au choix de l'attributaire sur la base des offres intermédiaires, alors que le règlement de la consultation prévoyait encore la remise d'une offre finale.

Le Conseil d'État rappelle que les modalités et conditions de négociations posées par le règlement de la consultation lient l'autorité concédante et s'imposent à elle. Toutefois, pour veiller au respect des principes de la commande publique et notamment l'égalité entre les candidats, l'autorité concédante a pu valablement s'écarter du dispositif prévu par le règlement de la consultation, en choisissant un délégataire au regard des offres intermédiaires, plutôt que de poursuivre la procédure sur la base des offres finales, dans un contexte d'atteinte à la confidentialité des offres. Cela, donc, eu égard aux circonstances exceptionnelles de l'espèce et en l'absence de manœuvres déloyales.

Le Conseil d'État avait déjà pu considérer :

« (...) dans ces conditions, que le juge des référés a pu, sans commettre d'erreur de droit ni dénaturer les faits de l'espèce, juger, par l'ordonnance attaquée qui est suffisamment motivée, que la métropole européenne de Lille avait pu, dans les circonstances très particulières de l'espèce et en l'absence de manœuvre, décider de procéder au choix du délégataire non sur la base des offres finales dont il était initialement prévu qu'elles devaient être déposées le 12 juin 2017, mais sur celle des offres intermédiaires déposées le 18 avril 2017 et complétées par les éléments fournis par les parties durant les négociations menées avec la métropole jusqu'au 19 mai 2017, alors même qu'en principe l'autorité délégente ne peut revenir en cours de procédure sur une étape essentielle de la procédure qu'elle avait prévue dans le règlement de la consultation » [\[4\]](#).

Au total, l'ordonnance du tribunal administratif de Paris est confirmée, et la consultation sauvée.

Quel impact dans la pratique ?

- La mise en œuvre des exclusions laissées à l'appréciation des acheteurs doit se faire sur la base d'éléments de preuve solides et circonstanciés.
- Il est conseillé de prévoir, dans la rédaction du règlement de la consultation, une faculté à l'initiative de l'acheteur, d'attribuer sur la base des offres initiales ou intermédiaires.
- Dans le cadre d'activités de réseaux, l'acheteur doit veiller à s'interroger sur sa qualité « de pouvoir adjudicateur » ou « d'entité adjudicatrice », qui détermine la procédure de passation et ne l'espèce le régime du contentieux.

[\[1\]](#) CE, 9 juillet 2007, n° 297711 [N° Lexbase : A2249DXL](#) ; CE, 14 décembre 2009, n° 330052 [N° Lexbase : A6067EPE](#) ; CE, 23 novembre 2011, n° 349746 [N° Lexbase : A9963HZZ](#).

[\[2\]](#) CE, 8 août 2008, n° 309652 [N° Lexbase : A0747EAW](#).

[\[3\]](#) CE, 24 mars 2022, n° 457733 [N° Lexbase : A34237R9](#) ; CE, 24 juin 2019, n° 428866 [N° Lexbase : A3721ZGW](#).

[\[4\]](#) CE, 8 novembre 2017, n° 412859 {"IOhtml_internalLink": {"_href": {"nodeid": 43387829, "corpus": "sources"}, "_target": "_blank", "_class": "color-sources", "_title": "CE 2/7 ch.-r., 08-11-2017, n\u00b0 412859", "_name": null, "_innerText": "N\u00b0Lexbase\u00a0: A9863WXL"}}.

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable