

Rappels et précisions sur les exclusions facultatives : pouvoir d'appréciation, motivation et limite temporelle

Au cours des derniers mois, les juges européens et nationaux ont encore eu l'occasion d'apporter d'utiles rappels et précisions qui devront retenir l'attention des législateurs nationaux et des acheteurs publics, s'agissant tout particulièrement de deux cas exclusions « facultatives », ainsi que sur la limite temporelle de ces exclusions.

Le principe de liberté d'accès à la commande publique figure parmi les principes fondamentaux consacrés par l'article L. 1 du Code de la commande publique. Ce principe n'est toutefois pas sans limites, puisque l'article L. 4 du même Code prévoit que « les contrats de la commande publique ne peuvent être attribués à des opérateurs économiques ayant fait l'objet des mesures d'exclusion définies par le présent code ».

Pour veiller à l'application de ces dispositions, les acheteurs publics et autorités concédantes sont tenues d'effectuer un certain nombre de vérifications dans le cadre d'une procédure de passation. Ces opérations de vérification sont effectuées par l'acheteur, pour la plupart sur la base d'attestations et de déclarations remises par les candidats dans le cadre de leur candidature sous peine de la voir écartée comme incomplète, et peuvent conduire à l'exclusion d'un opérateur économique s'étant porté candidat.

Ces différentes mesures d'exclusion ont été introduites et définies par le droit de l'Union européenne. En effet, l'article 57 de la directive 2014/24/UE et l'article 38 de la directive 2014/23UE du 26 février 2014 ont prévu que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices excluent de la procédure d'attribution du contrat de concession ou du marché public les opérateurs économiques ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif pour participation à une organisation criminelle, corruption, fraude, infraction terroriste ou liée à des activités terroristes, blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme, travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains, ainsi que pour manquements aux obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale. Ces différents cas d'exclusion relèvent de la catégorie des « exclusions de plein droit » : le constat de ces manquements doit, en principe, conduire à

Auteurs

Guillaume Gauch
Avocat associé

Alice Larmet
Avocate à la Cour

Références

CJUE 21 décembre 2023, Infraestruturas de Portugal et Futrifer Indústrias Ferroviárias, aff. C-66/22
CE 2 février 2024, Société Suez Eau France, req. n° 489820
CE 16 février 2024, Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 488524

l'exclusion automatique de l'opérateur concerné, l'acheteur ne disposant d'aucun pouvoir d'appréciation en la matière⁽¹⁾.

L'article 57 de la directive 2014/24/UE et l'article 38 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 ont également prévu des hypothèses dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices « peuvent » exclure de la procédure les opérateurs économiques, notamment lorsque ceux-ci ont entrepris d'influer sur le processus décisionnel (i), ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché (ii), ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'exercer une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution (iii), ou encore lorsque l'acheteur dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire que ces opérateurs économiques ont conclu une entente anticoncurrentielle avec d'autres personnes (iv). Par opposition aux exclusions dites « de plein droit », ces exclusions ne sont pas automatiques, puisque l'acheteur dispose d'un pouvoir d'appréciation qui lui est propre, pour déterminer s'il est nécessaire d'exclure un opérateur afin de préserver la régularité de la procédure de passation.

Ces différentes causes d'exclusion ont été transposées en droit français par les ordonnances n° 2014-899 du 23 juillet 2015 et n° 2016-65 du 29 janvier 2016, puis codifiées aux articles L. 2141-1 à L. 2141-14 et L. 3123-1 à L. 3123-14 du Code de la commande publique. Il convient de noter que ces deux ordonnances n'ont toutefois pas pleinement transposé les deux directives du 26 février 2014 et ont donc déjà donné lieu à de plusieurs décisions jurisprudentielles relevant des inconformités du droit français au droit de l'Union européenne.

À titre d'exemple, jusqu'en 2023, le législateur interne n'avait pas prévu de dispositif permettant à un opérateur faisant l'objet d'un cas d'exclusion de démontrer qu'il avait mis en œuvre des mesures destinées à recouvrer sa fiabilité. Ce n'est qu'après que la Cour de justice de l'Union européenne⁽²⁾ et le Conseil d'État⁽³⁾ se sont prononcés sur cette non-conformité au droit de l'Union

européenne, que le législateur français est intervenu⁽⁴⁾ pour introduire la possibilité pour les opérateurs économiques frappés d'un motif d'exclusion de solliciter auprès de l'acheteur une mise en conformité ou d'auto-apurement, pour prouver leur fiabilité.

Au cours des derniers mois, la CJUE et le Conseil d'État ont encore eu l'occasion d'apporter d'utiles rappels et précisions qui devront retenir l'attention des législateurs nationaux et des acheteurs publics, s'agissant tout particulièrement de deux cas exclusions « facultatives », ainsi que sur la limite temporelle de ces exclusions.

Ces précisions apparaissent d'autant plus importantes que la moindre incertitude dans la définition et la mise en œuvre d'un cas exclusion peut conduire, dans la pratique, les acheteurs publics à ne pas exclure un opérateur, frileux de voir cette décision d'exclusion jugée irrégulière.

Le pouvoir d'appréciation de l'acheteur en matière d'exclusion facultative et l'obligation de motivation de la décision

Parmi les exclusions facultatives laissant un pouvoir d'appréciation à l'acheteur public, l'article 57, paragraphe 4, premier alinéa, sous d), de la directive 2014/24/UE, prévoit que le pouvoir adjudicateur qui dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure qu'un opérateur a conclu des accords avec d'autres opérateurs en vue de fausser la concurrence peut exclure cet opérateur de la procédure de passation d'un marché public⁽⁵⁾.

Par un arrêt de grande chambre en date du 21 décembre 2023, la CJUE a eu l'occasion de réaffirmer la portée du pouvoir d'appréciation détenu par l'acheteur dans le cadre des motifs d'exclusion facultative.

Dans l'affaire qui lui était soumise, une société fabricante de maisons à ossature bois avait été évincée d'une procédure lancée par Infraestructuras de Portugal, entreprise publique d'infrastructures ferroviaires et routières portugaises, pour l'achat de chevilles et de traverses en bois de pin traitées à la créosote destinées au secteur des infrastructures ferroviaires. Cette société avait alors saisi le tribunal administratif et fiscal portugais d'un recours tendant à obtenir l'annulation de la décision par laquelle l'acheteur avait attribué le marché. À la suite du rejet de son recours en annulation, la société avait interjeté appel devant le tribunal administratif central du Nord, qui a fait droit à son recours, a

(1) Deux tempéraments au caractère « automatique » de ces exclusions sont toutefois prévus aux paragraphes 6 et 9 de l'article 57 de la directive 2014/24/UE et de l'article 38 de la directive 2014/23/UE, puisqu'ils prévoient que les États membres peuvent prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire à titre exceptionnel pour des raisons impératives relevant de l'intérêt public, ou lorsqu'une exclusion serait manifestement disproportionnée, et que tout opérateur qui se trouve dans un cas d'exclusion peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence du motif d'exclusion invoqué.

(2) CJUE 11 juin 2020, Vert Marine SAS c. Premier ministre, aff. C-472-19.

(3) CE 12 octobre 2020, Société Vert Marine, req. n° 419146.

(4) Loi n° 2023-171 du 9 mars 2023 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture.

(5) Ce cas d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur est codifié aux articles L. 2141-9 et L. 3123-9 du CCP.

annulé le jugement et a condamné l'acheteur à lui attribuer le marché. La Cour administrative suprême du Portugal a alors été saisie de pourvois introduits par l'acheteur et l'attributaire.

À cette occasion, la Cour administrative suprême a relevé que la société attributaire avait été condamnée au cours de l'année 2019 par l'autorité portugaise de la concurrence au paiement d'une amende pour violation du droit de la concurrence dans le cadre de procédures de passation de marchés publics organisées en 2014 et 2015, portant sur la fourniture de services d'entretien des appareils et voies faisant partie du réseau ferré national, infrastructure dont la gestion était assurée par une entreprise publique qui avait, depuis, fusionné avec Infraestruturas de Portugal. Cette situation semblait donc pouvoir relever du cas d'exclusion facultative prévu à l'article 57, paragraphe 4, premier alinéa, sous d), de la directive 2014/24/UE.

Mais, la Cour administrative suprême a constaté que le Code des marchés publics portugais prévoyait qu'en matière d'entente anticoncurrentielle, l'évaluation des mesures correctives relève exclusivement de l'autorité portugaise de la concurrence, et que l'exclusion d'un soumissionnaire pour défaut de fiabilité en raison d'une violation du droit de la concurrence commise en dehors d'une procédure de passation d'un marché public, n'était admise que par l'effet d'une condamnation expresse prononcée par l'autorité de la concurrence, infligeant à ce soumissionnaire une sanction accessoire d'interdiction de participation à des procédures de passation de marchés publics pendant une certaine période. En d'autres termes, dans l'hypothèse où la pratique anticoncurrentielle était intervenue dans le cadre d'une procédure antérieure à la passation d'un marché public, la législation interne portugaise liait le pouvoir d'appréciation de l'acheteur à l'appréciation portée par l'autorité de la concurrence sur la fiabilité du soumissionnaire auteur de ladite pratique. Ces dispositions internes conduisaient ainsi à transformer la commission d'une pratique anticoncurrentielle en un motif d'exclusion automatique, et l'acheteur public se retrouvait tenu d'exclure ou de ne pas exclure l'opérateur, selon que ce dernier avait ou non été interdit de soumissionner aux procédures de mises en concurrence par l'autorité nationale de la concurrence.

Considérant cette réglementation contraire à la directive 2014/24/UE en ce qu'elle porterait atteinte à l'autonomie du pouvoir adjudicateur pour se prononcer sur la fiabilité de tout soumissionnaire, la Cour administrative suprême a décidé de surseoir à statuer afin de poser une question préjudicielle à la CJUE sur ce point. Cette question tendait donc notamment à déterminer si un législateur national pouvait limiter la possibilité de l'acheteur d'exclure une offre, s'il pouvait être lié par une décision de l'autorité de la concurrence nationale infligeant une sanction pour violation des règles de concurrence, et si la décision du pouvoir adjudicateur sur la fiabilité de l'opérateur économique au regard du respect des règles de la concurrence devait être motivée.

Saisie de ces questions, la CJUE rappelle tout d'abord dans son arrêt que les États membres ont l'obligation de transposer l'article 57, paragraphe 4, premier alinéa, de la directive 2014/24/UE dans leur droit national, et que ce dernier doit donc laisser aux pouvoirs adjudicateurs le choix de décider d'exclure ou non un opérateur économique d'une procédure de passation, pour l'un des cas visé par cet article.

La CJUE apporte ensuite une utile précision s'agissant de la période à prendre en compte pour l'appréciation de l'intégrité et de la fiabilité des opérateurs économiques participant à la procédure de passation. Elle précise en effet que l'intégrité et la fiabilité de ces personnes doivent être susceptibles d'être mises en doute non seulement au regard de comportements anticoncurrentiels survenus dans le cadre de la procédure en cause, mais également dans le cas où cet opérateur aurait participé à de tels comportements dans le passé.

Puis, la CJUE considère que le législateur de l'Union européenne a entendu confier au pouvoir adjudicateur, « et à lui seul », le soin d'apprécier si un candidat ou un soumissionnaire doit être exclu d'une procédure de passation d'un marché public en vérifiant l'intégrité et la fiabilité de chacun des opérateurs économiques participant à une telle procédure (point 55 de l'arrêt). Elle rappelle que l'appréciation de l'acheteur doit s'effectuer au regard du principe de proportionnalité et en tenant compte de tous les éléments pertinents afin de vérifier si l'application du motif d'exclusion se justifie, et en conclut que les pouvoirs adjudicateurs doivent « se livrer à une appréciation concrète et individualisée de l'attitude de l'entité concernée, sur la base de tous les éléments pertinents ».

La CJUE estime alors que des textes nationaux ne sauraient « confier à la seule autorité nationale de la concurrence le pouvoir de décider de l'exclusion d'opérateurs économiques des procédures de passation de marchés publics en raison d'une infraction aux règles de concurrence ». Dès lors, si la décision d'une autorité de la concurrence prononce une interdiction temporaire de participer à des procédures de passation de marché public peut conduire le pouvoir adjudicateur à exclure cet opérateur économique de sa procédure de passation, l'absence d'une telle décision ne saurait ni empêcher ni dispenser le pouvoir adjudicateur de se livrer à l'appréciation de la fiabilité de l'opérateur.

La réglementation portugaise portait donc, à cet égard, bien atteinte au pouvoir d'appréciation dévolu à l'acheteur en matière de cas d'exclusion facultative, et le législateur interne devra donc y remédier.

Enfin, la CJUE effectue un rappel utile à tous les acheteurs et autorités concédantes. En effet, après avoir rappelé l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs de se conformer au principe général du droit de l'Union relatif à une bonne administration, qui comprend l'obligation de motivation des décisions adoptées par les autorités nationales, et qui doit permettre aux destinataires de ces décisions de défendre leurs droits, la CJUE rappelle que cette obligation de motivation concerne les décisions par lesquelles le pouvoir adjudicateur exclut un

soumissionnaire sur le fondement d'un motif d'exclusion facultatif. Elle rappelle enfin qu'il en va de même lorsque le pouvoir adjudicateur constate que le soumissionnaire se trouve dans un cas d'exclusion facultative mais qu'il décide de ne pas l'exclure (par exemple lorsqu'une telle mesure d'exclusion serait disproportionnée). Pour cause, la décision de non-exclusion affecte nécessairement la situation juridique de tous les autres opérateurs économiques participant à la procédure de passation en cause, et ceux-ci doivent donc également disposer d'éléments nécessaires à la défense de leur droit.

Il en ressort que les acheteurs publics doivent bien veiller à motiver la décision de non-exclusion d'un opérateur économique, et la CJUE précise que cette motivation peut être intégrée à la décision finale d'attribution du marché au soumissionnaire retenu.

Précision sur la limite temporelle de l'exclusion à la procédure de passation d'un marché public

Par une décision en date du 16 février 2024⁽⁶⁾, le Conseil d'État a eu l'occasion d'apporter des précisions au droit interne français, s'agissant de la limite temporelle de l'exclusion à la procédure de passation d'un marché public. Cette précision était attendue, puisque les dispositions du Code de la commande publique font, à ce jour, l'objet d'une sous-transposition.

En effet, si l'article L. 2141-8, 1^o du Code de la commande publique⁽⁷⁾ prévoit que les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui ont entrepris d'influer indûment sur leur processus décisionnel (i), d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché (ii), ou encore ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution (iii), ces dispositions n'apportent aucune précision s'agissant de la limite temporelle à ce cas d'exclusion.

Pourtant, le paragraphe 7 de l'article 57 de la directive 2014/24/UE devait conduire le législateur national à fixer une durée maximale quand l'opérateur n'a pris aucune mesure susceptible de démontrer sa fiabilité et qu'il peut participer à une nouvelle procédure sans porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats. Ce paragraphe prévoit en effet que lorsque la durée de la période d'exclusion n'a pas été fixée par jugement définitif, elle ne peut dépasser cinq ans à compter de la date de la condamnation par un jugement définitif pour les cas d'exclusion obligatoires, et trois ans à compter de la date de l'événement concerné dans les cas d'exclusion

facultative. Mais, le législateur français n'a transposé cette limite de trois ans que pour le cas d'exclusion fondé sur l'hypothèse où un soumissionnaire a manqué de façon grave ou persistante à ses obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur⁽⁸⁾.

Dans ce contexte, le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion de préciser, en 2019⁽⁹⁾, que les dispositions internes relatives aux cas d'exclusion facultatives devaient permettre aux acheteurs d'exclure une personne au vu de son comportement dans le cadre de la procédure de passation en cause, mais également dans le cadre d'autres « procédures récentes » de la commande publique. Celui-ci n'avait toutefois pas fixé de limite temporelle à cette notion de « procédure récente ».

Dans la nouvelle affaire qui était soumise au Conseil d'État, le Rapporteur public, Nicolas Labrune, soulignait que l'ajout prétorien de la prise en compte de procédures antérieures récentes pour décider de l'exclusion d'un opérateur posait justement la question d'une borne temporelle, et qu'il convenait donc de préciser jusqu'à quand une procédure peut être regardée comme « récente ».

Dans cette affaire, une société avait été exclue par la présidente du conseil départemental des Bouches-du-Rhône d'une procédure de passation d'un marché public en vue de la construction d'un collège. Cette exclusion avait été prononcée sur le fondement de l'article L. 2141-8 du Code de la commande publique, au motif que son associé majoritaire avait été condamné par un jugement du tribunal correctionnel de Marseille du 2 décembre 2022 pour des faits de corruption commis lors de procédures récentes de la commande publique.

La société avait alors saisi le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Marseille, et avait obtenu l'annulation de cette décision notamment au regard de l'ancienneté des faits qui avaient entraîné sa condamnation, ceux-ci s'étant déroulés entre les années 2012 à 2016.

Le département des Bouches-du-Rhône a alors décidé de former un pourvoi devant le Conseil d'État à l'encontre de cette ordonnance.

La Haute juridiction devait donc non seulement palier la sous-transposition du droit français, mais également se prononcer sur le point de départ de la durée maximale de trois ans, qui est défini par le paragraphe 7 de l'article 57 de la directive comme la date « de l'événement concerné ». Le rapporteur public reconnaissait que les contours de cette notion « ne se laissent pas aisément saisir ».

Mais, celui-ci relevait que la CJUE avait déjà eu l'occasion d'interpréter cette notion dans le cas d'un autre cas d'exclusion facultative (celui portant sur les comportements anticoncurrentiels), et avait précisé que lorsque

(6) CE 16 février 2024, req. n° 488524.

(7) Ces dispositions sont issues de la transposition du paragraphe 4 de l'article 57 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

(8) CCP, art. L. 2141-7.

(9) CE 24 juin 2019, Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 428866 ; CE 24 mars 2022, Société EPI et autres, req. n° 457733.

le comportement relevant de la cause d'exclusion a été sanctionné par une autorité compétente, « la durée maximale d'exclusion est calculée à compter de la date de la décision de cette autorité »^[10].

Dans sa décision commentée, le Conseil d'État rappelle d'abord les termes des paragraphes 4 et 7 de l'article 57 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, qui fixent notamment la durée maximale, puis les dispositions des articles L. 2141-8 et L. 2141-11 du Code de la commande publique.

Il indique ensuite que les dispositions du Code la commande publique doivent être interprétées à la lumière des dispositions de l'article 57 de la directive, « lesquelles limitent à trois ans la période pendant laquelle un opérateur peut être exclu dans les cas visés au paragraphe 4 de cet article, que l'acheteur ne peut pas prendre en compte, pour prononcer une telle exclusion, des faits commis depuis plus de trois ans ». Et, suivant la position de la CJUE sur ce point, celui-ci précise toutefois que « lorsqu'une condamnation non définitive a été prononcée à raison de ceux-ci, cette durée de trois ans court à compter de cette condamnation » (point 5 de la décision).

Le Conseil d'État relève alors que le juge des référés a commis une erreur de droit en se fondant sur les dates de tentatives d'influence, alors qu'une condamnation par le Juge pénal avait été prononcée. En effet, par application de la jurisprudence de la CJUE, la durée de l'exclusion devait s'apprécier au regard de la date de cette condamnation, même non définitive.

Jugeant l'affaire au fond, le Conseil d'État relève alors que, dès lors que l'associé majoritaire de cette société avait été condamné pour des faits qui peuvent être regardés comme une tentative d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur, et que ces faits avaient été sanctionnés moins d'un an auparavant par un jugement du tribunal correctionnel de Marseille du 2 décembre 2022, le département des Bouches-du-Rhône pouvait légalement estimer que l'opérateur avait entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur dans le cadre d'autres procédures récentes de la commande publique.

Le Conseil d'État a ensuite estimé qu'à la suite de la demande de l'acheteur sur le fondement de l'article L. 2141-11 du Code de la commande publique invitant le candidat à établir que son professionnalisme et sa fiabilité ne pouvait plus être remis en cause, la société avait seulement fait valoir que la personne qui avait été reconnue coupable des faits de corruption active n'avait plus la qualité de gérant, et qu'elle n'avait pas établi avoir pris des mesures afin que cette personne, qui détient toujours un pouvoir de contrôle en tant qu'associé majoritaire, ne puisse plus s'immiscer dans sa gestion.

Enfin, le Conseil d'État précise que, la circonstance que l'acheteur n'aurait pas exclu la société sur ce motif dans le cadre d'autres procédures de passation conduites postérieurement au jugement du tribunal correctionnel était sans incidence sur la légalité de la décision en litige, puisqu'il s'agit d'une « simple faculté » pour l'acheteur.

Il en ressort que, pour exclure un opérateur économique d'une procédure de passation en application de l'article L. 2141-8 du Code de la commande publique, l'acheteur ne peut prendre en compte des faits commis depuis plus de trois ans, et que lorsque l'opérateur a fait l'objet d'une condamnation non définitive pour ces faits, cette durée de trois ans court à compter de cette condamnation, même non définitive.

Précision sur la notion de recherche d'informations confidentielles susceptibles de conférer un avantage indu

Par une décision rendue le 2 février 2024^[11], le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer sur l'application d'un motif d'exclusion figurant à l'article L. 3123-8 du Code de la commande publique, qui prévoit qu'un acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui ont « entrepris d'obtenir des informations conditionnelles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession ». Plus précisément, il s'agissait de préciser les éléments qui devaient être pris en compte par l'acheteur pour déterminer si un opérateur a entrepris d'obtenir des informations confidentielles.

Dans cette affaire, le Syndicat des Eaux d'Ile-de-France (SEDIF) a lancé une procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution d'un contrat de concession portant sur le renouvellement de la délégation de la gestion du service public de l'eau potable pour une durée de douze ans, à compter du 1^{er} janvier 2025. Au cours de la procédure de négociations à laquelle la Société Suez Eau France et la Société Véolia avaient été admises à participer, la Société Véolia a été destinataire de documents confidentiels relatifs aux négociations de sa concurrente et de son projet d'offre.

Après en avoir été informé par la Société Véolia sept jours plus tard, le président du SEDIF a missionné un expert informatique pour analyser les causes et les conséquences du dysfonctionnement, et rechercher les mesures de remédiation qui pourraient être mises en œuvre pour reprendre les négociations avec les soumissionnaires dans le respect de l'égalité de traitement. Il en est notamment ressorti que cette fuite d'informations avait été causée par une erreur de programmation de la plateforme sécurisée de mise à disposition

[10] CJUE 24 octobre 2018, Vossloh Laeis GmbH contre Stadtwerke München GmbH, aff. C-124/17.

[11] CE 2 février 2024, Société Suez Eau France, req. n° 489820.

de documents, et que la Société Véolia avait téléchargé, pris connaissance, copié et imprimé les documents relatifs à l'offre de sa concurrente.

À l'issue de cette expertise, le président du SEDIF a donc estimé, par une décision en date du 17 octobre 2023, que les conditions d'une reprise des négociations n'étaient pas réunies, et qu'il convenait d'y mettre un terme pour l'attribution du contrat. Les soumissionnaires ont alors été informés qu'ils ne seraient pas invités à soumettre d'offre finale, que l'attribution du contrat de concession s'effectuerait au regard des offres intermédiaires d'ores et déjà remises par les soumissionnaires, et qu'il serait procédé à une « mise au point » avec chacun d'entre eux.

Non satisfaite que le SEDIF n'ait pas plutôt fait le choix d'exclure la candidature de la Société Véolia, la Société Suez Eau France a introduit un référé précontractuel aux fins d'annulation de la procédure de passation de la concession au stade de cette décision.

À l'appui de sa requête, la Société Suez Eau France arguait notamment que le SEDIF aurait dû exclure de la procédure de passation la Société Véolia, en s'appuyant sur l'article L. 3123-8 du Code de la commande publique, qui était repris à l'article 10 du règlement de consultation.

Les juges des référés du tribunal administratif de Paris, statuant en formation collégiale^[12], avaient toutefois écarté ce moyen, en considérant que les informations confidentielles avaient été mises à la disposition de l'opérateur à la suite d'un dysfonctionnement informatique qui lui était étranger, que l'opérateur avait téléchargé ces informations et en avait pris connaissance alors qu'il ne pouvait ignorer qu'elles concernaient son concurrent, que l'opérateur les avait dupliquées, imprimées, téléchargées et partagées à plusieurs personnes de l'entreprise et qu'il avait tardé à informer le pouvoir adjudicateur, mais qu'il l'avait fait avant la poursuite de la procédure de négociation et le dépôt de sa nouvelle offre, et qu'il avait donc renoncé à tirer parti de ces éléments. Les autres moyens développés par la Société Suez Eau France ont également été écartés, et les juges des référés ont également considéré que le SEDIF pouvait renoncer à la phase de recueil des offres finales. Voyant sa requête en référé précontractuel rejetée, la Société Suez Eau de France a alors formé un pourvoi devant le Conseil d'État à l'encontre de cette ordonnance.

Dans le cadre de ce recours, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 3123-8 du Code de la commande publique posait une question sur laquelle le Conseil d'État n'avait jusqu'ici pas eu l'occasion de se positionner. Il s'agissait de savoir quels éléments devaient être pris en compte pour apprécier si, au sens de l'article L. 3123-8 du Code de la commande publique, des personnes ont « entrepris d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage

indu lors de la procédure de passation du contrat de concession ».

Pour répondre à cette question, le rapporteur public relevait que l'article L. 3123-8 du Code de la commande publique vise à exclure la personne qui a « entrepris » d'obtenir des informations conditionnelles, et que le verbe « entreprendre » suppose la réunion de deux éléments : un élément moral (qui réside dans la résolution de faire quelque chose), et un élément matériel (qui correspond à une tentative d'exécution de cette décision). Le rapporteur public effectuait ainsi un rapprochement avec les pratiques commerciales trompeuses, de manœuvres frauduleuses, d'escroquerie, ou encore avec la notion de dol, et en concluait que pour que la cause d'exclusion en litige soit constituée, il fallait que soient identifiés des éléments précis et circonstanciés indiquant que « le candidat a délibérément effectué des démarches qu'il savait déloyales en vue d'obtenir des informations dont il connaissait le caractère confidentiel, et qui étaient susceptibles de lui procurer un avantage indu lors de la procédure de passation ».

Après avoir développé ces éléments, le rapporteur public soulignait qu'il ne fallait pas avoir une interprétation « exagérément extensive » des dispositions de l'article L. 3123-8 du Code de la commande publique, en rappelant qu'en matière de commande publique, le principe est la liberté de candidater, et l'interdiction de soumissionner est une exception qui doit être d'interprétation stricte. Selon lui, la seule circonstance que l'opérateur ait eu accès involontairement aux informations ne suffisait pas, à elle seule, à écarter la cause d'exclusion, la situation devant être appréhendée globalement, y compris au vu de la réaction de Véolia face à cet incident. Il estimait, en outre, que la circonstance que le SEDIF ait décidé de mettre fin aux négociations ne devait pas entrer en ligne de compte car extrinsèque à Véolia. En revanche, il estimait que la circonstance que la Société Véolia ait décidé, après avoir téléchargé et copié les fichiers, de ne pas se servir des informations qu'ils contenaient dans le cadre de la procédure était déterminante. En effet, celui-ci soulignait qu'il s'agissait d'apprécier l'intentionnalité d'une tentative, et qu'il était alors possible d'effectuer une analogie avec la matière pénale, qui prévoit que la tentative ne peut être constituée lorsque l'auteur se ravise.

Suivant les conclusions du rapporteur public, le Conseil d'État a considéré que les juges des référés n'avaient commis aucune dénaturation des faits en jugeant que la Société Véolia ne pouvait être regardée comme ayant entrepris d'obtenir des informations confidentielles, en relevant que des fichiers concernant l'offre de la société Suez Eau France et identifiables comme tels avaient été mis à la disposition de la société Véolia en raison d'un dysfonctionnement informatique majeur dû à une erreur de programmation de la plateforme utilisée par le pouvoir adjudicateur et que, si cette dernière société les avait téléchargés, en avait pris connaissance et les avait dupliqués et avait tardé plusieurs jours avant d'informer le pouvoir adjudicateur de cet incident, elle l'en avait averti avant la poursuite de la procédure de négociation et le dépôt de son offre finale, de sorte qu'elle devait être

[12] TA Paris 29 novembre 2023, req. n° 2325466.

regardée comme ayant nécessairement renoncé à tirer parti de ces éléments dans le cadre de la procédure.

Le Conseil d'État en conclut que l'autorité concédante n'était pas tenue d'exclure l'opérateur de la procédure de passation en litige sur le fondement de l'article L. 3123-8 du Code de la commande publique et, dans la continuité de sa jurisprudence *Transdev*^[13], estime que le SEDIF pouvait renoncer à la phase finale de recueil des offres pour remédier à la fuite des informations et attribuer le contrat sur la base des offres intermédiaires.

Cette affaire a donc conduit le Conseil d'État à préciser, pour la première fois, les termes de l'article L. 3123-8 du Code de la commande publique et les contours de l'infraction concernée par ce cas d'exclusion, et sa décision devrait alors permettre aux acheteurs de mieux l'appréhender dans le cadre de leurs procédures de passation. Les acheteurs pourront également se référer aux conclusions du rapporteur public, puisque celles-ci permettent de mettre en lumière la nécessité d'effectuer un certain nombre de parallèles avec le droit pénal,

et les principes dégagés dans le cadre des pratiques commerciales trompeuses, des manœuvres frauduleuses, d'escroquerie, ou encore de dol.

Une question reste toutefois en suspens au regard de la nécessité pour l'acheteur d'appréhender le comportement « général » de l'opérateur et non seulement dans le cadre de la procédure en cours : si le Conseil d'État a, dans l'affaire commentée, pu relever que la Société Véolia avait bien renoncé à tirer profit des informations confidentielles de sa concurrente au regard de la circonstance que celle-ci a signalé le dysfonctionnement à l'acheteur, et n'a donc pu remettre d'offre postérieurement à la réception de ces informations, l'on peut légitimement s'interroger sur la possible utilisation de ces dernières dans le cadre d'une autre procédure portant sur des prestations similaires (gestion du service public de l'eau potable), où ces deux sociétés seraient de nouveau concurrentes^[14].

[13] CE 8 novembre 2017, Société Transdev, req. n° 412859.

[14] Pour rappel, ces deux sociétés concurrentes entretiennent des liens particuliers puisque la Société Suez a vu son périmètre d'intervention fortement réduit à la suite d'une opération d'acquisition menée par la Société Véolia en 2021, qui a conduit à l'absorption d'une grande partie des activités internationales de Suez.