

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'acheteur public qui met en œuvre une procédure de mise en concurrence afin de sélectionner la personne avec laquelle il conclura un marché public doit assurer le respect du principe d'égalité entre les candidats, principe de valeur constitutionnelle dont la Cour de justice de l'Union européenne a souligné qu'il "correspond à l'essence même des directives en matière de marchés publics" (par ex : CJCE, 3 mars 2005, *SA Fabricom*, aff. C-21/03, § 26). Plusieurs circonstances peuvent rompre l'égalité entre les candidats : certaines sont directement imputables à l'acheteur public, qui aurait par exemple avantage un candidat ou même seulement permis qu'un doute puisse être légitimement nourri quant à son impartialité ; d'autres trouvent leur cause dans le comportement d'un candidat, qui par exemple dispose d'informations privilégiées susceptibles de lui conférer un avantage dans la compétition. S'il appartient dans les deux cas à l'acheteur public, en tant que responsable de la régularité de la procédure, de prendre les mesures propres à éviter toute rupture d'égalité, ces deux causes sont bien distinctes et n'appellent pas de sa part les mêmes mesures. La présente affaire vous donnera l'occasion de le rappeler et de l'illustrer.

Au mois de novembre 2017, le syndicat intercommunal des ordures ménagères (SIOM) de la vallée de Chevreuse a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché public de collecte des déchets ménagers et assimilés sur son territoire, divisé en trois lots. Au terme de la procédure, au mois de mars 2018, la société OTUS, titulaire sortante, a été informée du rejet de son offre relative au lot n° 1, portant sur la collecte des déchets sur 17 communes, et de son attribution à la société Sepur. Elle a alors saisi le juge du référé précontractuel du TA de Versailles de conclusions tendant à l'annulation de la procédure, auxquelles celui-ci a fait droit par une ordonnance du 25 avril 2018 contre laquelle le SIOM et la sté Sepur se pourvoient en cassation, par deux requêtes aux moyens substantiellement identiques et que vous pourrez joindre.

L'annulation prononcée est fondée sur un manquement de l'acheteur public au principe d'impartialité, qui résulte, selon les motifs de l'ordonnance attaquée, de ce qu'un salarié d'une société à laquelle le syndicat intercommunal avait confié en avril 2017 une mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage, qui avait assuré la direction de ce projet et avait ainsi eu "accès à des informations privilégiées notamment sur les modalités d'exécution du marché précédent, en particulier les comptes rendus mensuels d'exploitation, les rapports annuels

ainsi que les éléments de facturation du service, susceptibles de créer une distorsion de concurrence", avait rejoint en décembre de la même année la société attributaire du marché, dont il avait "élaboré la réponse à l'appel d'offres". Le juge du référé en a conclu que "dans ces conditions, et alors même que M. C... n'a pas personnellement rédigé le dossier de consultation des entreprises, la participation de ce dernier au déroulement de la procédure de passation du marché public pouvait légitimement faire naître un doute sur l'impartialité de la procédure suivie par le SIOM, lequel suffit à caractériser un manquement de ce dernier au principe d'égalité de traitement entre les candidats."

Comme le soutiennent les requérants, ces motifs nous semblent entachés d'une erreur de droit consistant à confondre les deux causes d'atteinte au principe d'égalité que nous avons évoquées il y a un instant.

En effet, contrairement à ce qu'a écrit le juge des référés, le fait pour un candidat d'avoir bénéficié d'informations susceptibles de lui conférer un avantage dans la compétition pour l'attribution du marché, y compris s'il les a obtenues grâce à la collaboration antérieure de l'un de ses salariés avec l'acheteur, s'il est susceptible de rompre l'égalité entre les candidats, ne constitue pas un manquement de l'acheteur public au principe d'impartialité.

Ce dernier implique que l'acheteur public non seulement soit mais apparaisse parfaitement neutre vis à vis des candidats à l'obtention du marché, c'est à dire qu'il n'ait aucun intérêt à privilégier l'un d'eux. La situation de conflit d'intérêts susceptible d'affecter l'impartialité de l'acheteur est désormais définie au 5° du I de l'article 48 l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui a repris à la lettre les termes de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 dont elle a assuré la transposition : *"Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public."*

Il résulte de cette définition comme de votre jurisprudence et de celle de la CJUE que l'obligation d'impartialité ne pèse que sur l'acheteur public qui doit veiller à ce qu'aucune des personnes qui concourent à l'exécution de ses missions dans la préparation et la conduite de la procédure de sélection n'aient un intérêt particulier à son issue. Vous avez ainsi jugé qu'il doit s'assurer qu'un membre du conseil municipal qui a des liens familiaux avec le dirigeant d'une société candidate ne participe pas à la procédure de sélection (9 mai 2012, *Cne de Saint-Maur des Fossés*, n° 355756, au rec) et que manque à son obligation d'impartialité l'acheteur public dont l'assistant à la maîtrise d'ouvrage, qui avait contribué à la rédaction des clauses techniques particulières et à l'analyse des offres des candidats à ses côtés, avait exercé des fonctions importantes au sein de l'une des entreprises candidates qu'il n'avait quitté que depuis moins de deux ans (14 oct 2015, *sté Applicam et Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 390968, aux T sur ce point).

La situation inverse, qui est celle du cas d'espèce, de la personne qui a assisté l'acheteur public dans la préparation de la procédure avant de rejoindre l'un des concurrents, n'est a priori pas susceptible d'affecter la neutralité de l'acheteur public, sauf si, anticipant sa mutation, il a exercé les missions qui lui ont été confiées par l'acheteur public de manière à avantager son futur employeur, par exemple en insérant des conditions d'exécution ou des critères de sélection qu'il serait plus facile à ce dernier de satisfaire. Mais, en dehors de cette hypothèse que le juge du référé a pris soin d'écarter en indiquant que le salarié concerné "n'a

pas personnellement rédigé le dossier de consultation des entreprises", la seule circonstance qu'une personne ayant assisté l'acheteur dans la procédure d'appel d'offres rejoigne un candidat n'est pas susceptible de créer une situation de conflit d'intérêts au sein de l'acheteur public qui ne risque pas, de ce seul fait et pour reprendre les termes de la CJUE (12 mars 2015, *eVigilo Ltd*, aff C-538/13), de "se laisser guider par des considérations étrangères au marché en cause" et de donner une préférence à l'un des soumissionnaires en raison de cet intérêt particulier et non de ce que son offre serait économiquement la plus avantageuse. La personne qui aurait pu ainsi influencer le choix de l'attributaire a en effet quitté le décideur avant que le processus de décision ne soit engagé.

En revanche, si cette personne a, à l'occasion de ses fonctions auprès de l'acheteur public, obtenu des informations confidentielles susceptibles d'avantager son futur employeur dans la compétition, l'égalité entre les candidats sera rompue, entachant la procédure d'une irrégularité qu'il appartient au juge du référé précontractuel de sanctionner. Vous l'aviez relevé par une décision du 29 juillet 1998, *sté Génicorp* (n° 177952, aux T) avant que ne le rappelle la Cour de justice de l'UE dans son arrêt *SA Fabricom*, précité. L'ordonnance du 23 juillet 2015 envisage cette situation dans un alinéa distinct du même article 48 I (3°), ce qui montre bien que cette circonstance représente une cause de rupture d'égalité différente du manquement de l'acheteur public à son obligation d'impartialité.

Ces deux causes ayant cependant le même effet sur la régularité de la procédure, il est permis de se demander si la confusion entre elles commise par l'auteur de l'ordonnance attaquée n'est pas sans incidence sur la solution qu'il a donnée au litige et s'il ne convient pas, comme vous le demande la société défenderesse, de redresser l'ordonnance attaquée pour ne retenir que l'atteinte au principe d'égalité, en neutralisant la circonstance que son auteur l'a fondée à tort sur un manquement de l'acheteur public à son obligation d'impartialité.

Nous ne le pensons pas car, si l'effet du manquement sur la procédure est le même, les éléments qui conduisent à le caractériser sont différents.

Ainsi, comme nous l'avons dit, un manquement au principe d'impartialité ne saurait résulter de l'obtention par un soumissionnaire d'informations privilégiées mais de ce qu'une personne participant au processus de désignation de l'attributaire peut être raisonnablement soupçonnée d'avoir un intérêt particulier à ce que l'un des candidats obtienne le marché. L'acheteur public assure son impartialité en écartant cette personne de la procédure en temps utile, c'est à dire avant qu'elle ait été susceptible de l'influencer (voyez en ce sens votre décision *sté Applicam*, précitée). Ce n'est qu'exceptionnellement, s'il n'y a pas d'autre moyen de satisfaire cette obligation, que l'acheteur pourra exclure de la compétition le soumissionnaire qui pourrait être avantagé (Ord, art 48 I 5°).

Ce n'est également qu'en dernier recours, lorsqu'il n'existe aucune autre mesure propre à rétablir l'égalité entre les candidats sans les priver de leur droit d'accès à la commande publique, que l'acheteur public peut recourir à la faculté que lui ouvre le 3° du I de l'article 48 de l'ordonnance d'interdire au soumissionnaire disposant d'informations privilégiées lui conférant un avantage anticoncurrentiel de concourir. La Cour de justice l'a clairement rappelé dans l'arrêt *SA Fabricom* précité, faisant application du principe selon lequel l'interdiction de soumissionner doit toujours être proportionnée aux objectifs visés (CJCE, 19 mai 2009, *Assitur SARL*, aff. C-538/07. Voir, à propos d'une réglementation nationale créant une incompatibilité de principe : CJCE, 16 déc 2008, *Michaniki*, C-213/07).

Dans ce même arrêt, la cour juge qu'une telle exclusion ne peut être prononcée lorsque le soumissionnaire, interrogé par l'acheteur public, a déclaré ne détenir aucune information lui conférant un avantage sur ses concurrents (§ 46). La démarche de l'acheteur public confronté à cette situation n'est donc pas la même que lorsqu'il constate la présence au sein de ces services d'une personne intéressée. Il doit tout d'abord apprécier si les informations dont dispose l'un des soumissionnaires sont de nature à lui conférer un avantage dans la compétition, éventuellement en interrogeant sur ce point le soumissionnaire. Si celui-ci répond par la négative, il doit a priori lui faire confiance, sauf s'il apparaît avec évidence que les informations obtenues constituent un avantage certain. Dans ce cas, il doit envisager la possibilité d'une diffusion à tous les soumissionnaires de ces informations, dans le respect des secrets industriels et commerciaux protégés par la loi. L'exclusion du candidat détenteur de ces informations ne s'impose que si cette dernière solution ne peut être mise en œuvre.

Le juge du référé précontractuel doit annuler la procédure s'il relève une cause affectant l'impartialité de l'acheteur ou s'il constate une rupture d'égalité entre les candidats du fait des informations privilégiées dont a bénéficié l'un d'entre eux. Il s'agit de constats objectifs, qui ne dépendent pas de ce que pouvait savoir l'acheteur public de l'intérêt qu'avait l'un de ses agents ou des informations dont disposait l'un des candidats. Vous avez ainsi confirmé l'annulation de procédures qui avaient abouti à retenir les offres de candidats qui ne satisfaisaient pas aux exigences de capacité en raison de l'atteinte au principe d'égalité de traitement qui en résultait, alors même que le pouvoir adjudicateur n'avait ni ne pouvait avoir connaissance de la cause qui entachait les (3 octobre 2012, *Déménagement Le Gars*, n° 360952, aux T ; 26 mars 2014, *cne de Chaumont*, n° 374387). Il ressort également de votre décision précitée *société Génicorp* que l'atteinte au principe d'égalité de traitement résultant de la détention par un candidat d'informations susceptibles de l'avantager et ses conséquences sur la régularité de la procédure ne dépendent pas de la connaissance que peut en avoir le pouvoir adjudicateur.

Si le constat d'une atteinte au principe d'égalité entre les candidats, qu'elle soit due à un manquement à l'exigence d'impartialité de l'acheteur public ou à la possession d'un avantage anticoncurrentiel illégitime, doit toujours conduire le juge du référé précontractuel à annuler la procédure, à condition qu'elle ait lésé le requérant, ce constat ne résulte pas de la même analyse des circonstances de fait.

Ainsi, pour nous en tenir à la question des informations privilégiées, le juge du référé ne doit pas, comme il l'a fait, se contenter de relever que les informations auxquelles a eu accès un candidat sont susceptibles de créer une distorsion de concurrence, c'est-à-dire se placer au niveau du doute qui suffit à entacher l'impartialité de l'acheteur public, mais rechercher si effectivement elles ont conféré à leur détenteur un avantage sur son concurrent. Ensuite, il ne pouvait comme il l'a fait en l'espèce se borner à constater l'accès à de telles informations sans tenir compte du fait que l'acheteur public avait demandé aux candidats de déclarer qu'ils ne détenaient pas d'informations privilégiées et que la société Sepur lui avait répondu par la négative.

Avoir appliqué à la question des conséquences des informations détenues par un soumissionnaire sur l'égalité entre les candidats les critères de l'atteinte au principe d'impartialité a donc conduit le juge du référé à retenir un manquement sur la base d'éléments qui ne sont pas de nature à le caractériser. Les deux motifs d'irrégularité de la procédure ne sont donc pas substituables et l'erreur de droit commise par le juge du référé doit conduire à l'annulation de son ordonnance.

Nous vous proposons par conséquent d'annuler l'ordonnance attaquée, ce qui vous dispensera d'examiner les autres moyens des pourvois, et de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société évincée.

Celle-ci soutient en premier lieu que l'acheteur public n'a pas pris toutes les mesures qui s'imposaient pour assurer l'égalité entre les candidats. Elle fait valoir qu'il aurait dû inclure une clause de confidentialité dans le contrat d'assistance à la maîtrise d'ouvrage et faire déclarer aux soumissionnaires qu'ils n'étaient pas dans une situation susceptible de créer une rupture d'égalité.

Outre que ce dernier argument est contredit par les pièces du dossier, ce moyen ne nous paraît pas opérant. Il peut être reproché à l'acheteur public d'avoir attribué le marché à un candidat qui disposait d'informations privilégiées qui lui ont conféré un avantage indu, mais non de n'avoir pas pris telle ou telle mesure en particulier qui lui auraient permis d'éviter cette situation. En d'autres termes, le juge du référé contrôle la régularité de la procédure, non les mesures prises par l'acheteur public pour l'assurer.

Elle soutient ensuite et principalement que la société attributaire a bénéficié des informations privilégiées dont a eu connaissance l'un de ses salariés à l'occasion des fonctions qu'il avait précédemment exercées en qualité d'assistant à la maîtrise d'ouvrage. Il s'agit d'informations relatives à l'exécution du précédent marché dont était titulaire la société évincée.

Ces éléments étaient-ils de nature à donner à la société Sepur des informations confidentielles sur sa concurrente ? Nous ne le pensons pas : d'une part, le SIOM a indiqué sans être contredit que cette dernière avait refusé de transmettre à l'agent concerné des informations qui relevaient selon elle du secret industriel et commercial, celles donc qui pouvaient conférer un avantage concurrentiel et n'avait transmis que des données générales de collecte (type de collecte, type de flux, nombre de services; nombre d'heures payées; nombre de kilomètres; ensemble des tonnages) qui ne constituent pas des informations susceptibles de conférer un avantage concurrentiel significatif à la société Sepur sur sa concurrente, qui les détenait également puisqu'elles émanaient d'elle. D'autre part, il résulte de l'instruction que le SIOM a invité les candidats à déclarer sur l'honneur qu'ils ne rentraient dans aucun des cas d'interdiction de soumissionner prévus aux articles 45 et 48 de l'ordonnance de 2015. La déclaration en ce sens signée par la société Sepur n'apparaissant pas évidemment erronée, nous pensons que les informations obtenues par l'assistant à la maîtrise d'ouvrage ayant ensuite rejoint la société Sepur n'étaient pas de nature à lui conférer un avantage anticoncurrentiel.

EPCMNC : - Annulation de l'ordonnance attaquée;

- Rejet de la demande de référé;

- A ce que vous mettiez à la charge de la société Otus le versement au SIOM et à la société Sepur de sommes de 3 000 euros à chacun au titre des frais exposés.