

N° 428866

Département des Bouches-du-Rhône

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 12 juin 2019

Lecture du 24 juin 2019

- A

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Outre les causes d'interdiction de soumissionner qui s'imposent aux acheteurs publics, mentionnées à l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (art L. 2141-1 à 5 du CCP), l'article 48 de l'ordonnance prévoit cinq catégories de motifs qui permettent aux acheteurs d'exclure un candidat, sans les y obliger. Ils tiennent, pour les résumer de manière synthétique, à la commission d'un manquement grave ou persistant à des obligations contractuelles au cours de l'exécution de précédents marchés (1°), à des tentatives d'influence sur le processus de sélection (2°), à la détention d'informations confidentielles susceptibles de conférer un avantage anticoncurrentiel obtenues grâce à la participation à la préparation de la procédure (3°), à l'existence d'indices graves, sérieux et concordants d'entente (4°) ou encore à l'existence d'un conflit d'intérêts (5°).

L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira à trancher la question à la fois délicate et inédite de savoir si les dispositions du 2° de cet article permettent à l'acheteur de tenir compte de tentatives d'influence du processus décisionnel de sélection commises à l'occasion de procédures de passation antérieures. La réponse que vous lui apporterez vaudra également pour les dispositions identiques de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux concessions (art L. 3123-8 CCP).

L'une des raisons de sa difficulté est qu'elle conduit à donner une interprétation générale d'une règle à l'occasion d'un litige qui s'inscrit dans le contexte très particulier de la passation d'un marché public que l'acheteur avait échoué à plusieurs reprises à conclure en raison d'une vaste affaire de corruption touchant ses propres services.

Le département des Bouches-du-Rhône a lancé au début de l'année 2016 une procédure de passation d'un marché à bons de commande pour l'exécution de travaux d'entretien, de rénovation, de réparation et d'amélioration du patrimoine immobilier lui appartenant ou qu'il loue, qu'il a déclaré sans suite au début de l'année suivante en raison d'indices graves, sérieux et concordants de pratiques anticoncurrentielles, dont il avait eu connaissance à la suite, notamment, d'une information judiciaire et de la mise en examen, suivie de la détention provisoire, de son directeur de la gestion et de la comptabilité, pour corruption active et passive, association de malfaiteurs, recel et blanchiment. Cette procédure pénale touche également la société EGBTI, candidate à l'attribution de ce marché, à travers la

mise en examen pour des faits similaires d'une personne soupçonnée d'en avoir été le gérant de fait.

Au mois de novembre 2017, le département a lancé une nouvelle procédure de passation d'un marché ayant un objet plus limité ne portant que sur des « travaux de remise en valeur du parvis, rénovation de l'éclairage dynamique et gestion technique centralisée et mise en accessibilité PMR des archives et de la bibliothèque départementales à Marseille ». Cette procédure a été déclarée infructueuse après l'exclusion de la candidature de la société EGBTI au motif qu'elle n'aurait pas donné suffisamment d'assurances de son intégrité et le rejet de l'offre concurrente comme irrégulière.

Un nouvel avis d'appel public à la concurrence pour l'attribution de ce même marché a été lancé en octobre 2018. La société EGBTI s'est de nouveau portée candidate sur 2 lots. Le département lui a demandé, comme lors de la procédure précédente, d'établir qu'elle n'avait pas participé aux pratiques anticoncurrentielles qui faisaient l'objet de l'enquête judiciaire. N'ayant pas été convaincu par sa réponse, il a exclu sa candidature, décision qu'elle a contestée devant le juge du référé précontractuel du TA de Marseille qui, par une ordonnance du 28 février 2019 contre laquelle le département des Bouches-du-Rhône se pourvoit en cassation, a fait droit à sa demande. Il a estimé que le département n'avait pu régulièrement fonder sur les 2° et 5° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics l'exclusion de cette société.

Le premier moyen du pourvoi critique la censure du motif d'exclusion de la société EGBTI fondé sur les dispositions du 2°, qui est tiré de l'implication d'une personne proche de cette société dans des faits de corruption ayant eu pour but d'influer sur la procédure d'attribution du marché lancée en 2016. Or, pour l'auteur de l'ordonnance attaqué, ces dispositions ne peuvent conduire à exclure que « les personnes qui ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur « lors de la procédure de passation du marché public » en cause et ne sauraient donc être opposées pour des faits portant sur des marchés antérieurs ».

Plusieurs bonnes raisons peuvent conduire à retenir cette interprétation stricte de ces dispositions, aux termes desquelles : « I. - *Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public : (...) 2° Les personnes qui ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché public, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution* ».

Leur rédaction, tout d'abord, qui évoque « *la procédure de passation **du** marché public* » et non pas d'un marché public. Nous ne sommes absolument pas convaincu par l'argumentation du département selon laquelle les trois pratiques anticoncurrentielles évoquées par ces dispositions auraient des portées différentes, seule la deuxième, décrite comme tendant à « *obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la passation du marché public* », concernant la procédure au cours de laquelle la candidature est exclue.

La comparaison de ce motif d'exclusion avec celui du 1°, qui vise expressément des manquements commis par un candidat au cours de l'exécution de marchés publics antérieurs et qui les encadre dans le temps (les trois années précédentes), conduit également à penser que

les autres cas ne concernent que le comportement d'un candidat au cours de la procédure dont il peut être exclu.

Mais plus encore que la rédaction du texte, qui n'interdit pas absolument toute interprétation plus extensive, c'est la place de ces dispositions dans l'ensemble de celles relatives aux interdictions de soumissionner qui pourrait aller dans le sens de l'ordonnance attaquée.

L'ordonnance de 2015, comme la directive de 2014 qu'elle transpose, établit deux grandes catégories d'interdictions de soumissionner, les interdictions « obligatoires et générales » (art 45) et les interdictions « facultatives » (article 48). Les premières touchent les personnes qui ont fait l'objet de condamnations pénales pour un certain nombre d'infractions, qui ont violé des obligations en matière fiscale ou sociale ou encore qui font l'objet de procédures de liquidation ou de redressement judiciaire. Elles poursuivent un objectif général de moralisation de la commande publique, à laquelle ne peuvent accéder des opérateurs économiques reconnus coupables d'infractions pénales, fiscales ou sociales. Les interdictions facultatives visent à garantir la bonne exécution du marché (1°) et la conformité de la procédure aux principes d'égalité et de mise en concurrence, en prévenant les pratiques anticoncurrentielles de la part de l'opérateur économique (2° à 4°) et les conflits d'intérêts (5°). Contrairement aux condamnations qui donnent lieu aux interdictions obligatoires, les comportements pouvant justifier une interdiction facultative ont un lien direct avec la procédure de passation du marché. En d'autres termes, l'interdiction facultative doit être justifiée par un risque sérieux de mauvaise exécution du marché ou d'atteinte aux principes fondamentaux au cours de la procédure d'attribution.

Le cas de la corruption, qui est le motif retenu par le pouvoir adjudicateur dans la présente affaire, permet d'illustrer cette distinction. La condamnation définitive pour des faits de corruption fait partie des infractions pénales (art 433-1 du code pénal) entraînant une interdiction obligatoire et générale de soumissionner. Admettre que des soupçons de corruption dans un contexte extérieur à la procédure en cause puisse conduire à interdire une personne de soumissionner romprait l'équilibre du dispositif et rendrait presque inutile la condition, propre aux interdictions obligatoires, d'une condamnation définitive. Cela porterait une atteinte grave à la présomption d'innocence, à la liberté d'accès à la commande publique et représenterait une mesure disproportionnée.

Malgré leur force, ces raisons ne nous paraissent cependant pas faire obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières dont la présente espèce offre une bonne illustration, les manœuvres commises par un candidat pour fausser à son avantage la concurrence lors de l'attribution d'un précédent marché justifient son exclusion en application des dispositions du 2° de l'article 48. Nous pensons que ces dispositions ménagent aux acheteurs une certaine marge d'appréciation, qui ne pourra toutefois qu'être limitée pour les raisons que nous venons de dire et afin de prévenir tout risque d'atteinte excessive à la liberté de prestation de service et à l'égalité des candidats.

Cette marge d'appréciation nous paraît en premier lieu découler de l'esprit ou de la finalité des interdictions facultatives de soumissionner qui ont pour objet, nous l'avons dit et cela ressort du II de l'article 48, de garantir la bonne exécution du futur marché, pour le 1° et le respect des principes d'égalité et de transparence, pour les autres. Si elles n'ont pas pour objet de sanctionner des comportements passés, elles doivent pouvoir permettre aux acheteurs, qui sont responsables de la régularité de la procédure, d'exclure un candidat dont

ils auraient de sérieuses raisons de penser que sa participation à la procédure risquerait d'en compromettre le déroulement régulier au regard notamment de l'exigence d'égalité entre les candidats.

Si aucune disposition de la directive du 26 février 2014 relative aux marchés publics dont le i) du point 4 l'article 57 est repris littéralement par les dispositions qui nous occupent, ne conduit explicitement à leur donner une telle interprétation, plusieurs passages traduisent un esprit qui la rend possible.

La seule disposition qui évoque explicitement un comportement antérieur du candidat figure au point 5 de l'article 57, qui indique qu'« *À tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou peuvent être obligés par les États membres à exclure un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir **soit avant, soit durant la procédure**, dans un des cas visés au paragraphe 4.* ». Mais il n'est pas évident de lire ces dispositions, qui n'ont pas été reprises par l'ordonnance, comme permettant d'étendre les comportements particuliers visés au i) du point 4 à des procédures antérieures. En effet, d'une part, elles figurent en facteur commun de tous les cas d'exclusions facultatives, dont certains concernent expressément des marchés antérieurs. D'autre part, comme le fait valoir le ministre de l'économie dans les observations produites devant vous par lesquelles il défend fermement l'interprétation stricte retenue par l'auteur de l'ordonnance attaquée, les termes « *avant la procédure* » peut avoir pour fonction de couvrir la phase préparatoire de la procédure de mise en concurrence (études préalables ; conception du marché ; élaboration des documents de la consultation ; etc) à laquelle peuvent concourir des assistants à la maîtrise d'ouvrage susceptibles d'avoir des liens avec de futurs candidats. Cela étant dit, si ces dispositions ne justifient pas expressément l'interprétation extensive que nous vous proposons, elles ne l'interdisent pas.

Et plusieurs autres passages de la directive nous semblent en traduire l'esprit. Ainsi, l'exposé des motifs indique que « *les pouvoirs adjudicateurs devraient en outre [cad outre les interdictions obligatoires] pouvoir exclure les opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables, par exemple ... pour d'autres fautes professionnelles graves telles que la violation de règles de concurrence ou de droits de propriété intellectuelle. Il convient de préciser qu'une faute professionnelle grave peut remettre en question l'intégrité d'un opérateur économique...* » (§ 101). L'article 57.4 c) dispose que le pouvoir adjudicateur peut exclure un candidat lorsqu'il « *peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité* ». Ce cas d'exclusion ne nous paraît pas couvrir uniquement une faute dans l'exécution d'un précédent marché, cas visé au g), mais plus généralement d'un manquement grave à des obligations professionnelles qui peuvent être d'ordre déontologique. Il est vrai que ce motif d'exclusion n'a pas, contrairement aux autres, été repris par l'ordonnance. Il ne correspond en tout état de cause pas exactement aux faits reprochés à la société EGBTI dans la présente affaire. Mais nous le citons parce qu'il montre l'attachement du législateur européen à l'intégrité de l'opérateur économique, dont le défaut est susceptible d'entacher la procédure de passation.

La lutte contre la corruption dans la commande publique est au cœur des réglementations nationales et européennes encadrant leur passation et le récent rapport du président Nadal consacré aux moyens de « Renouer avec la confiance publique » montre qu'elle n'est pas gagnée. Interpréter les dispositions de l'article 48 de l'ordonnance dans un sens qui la renforce n'apparaît donc pas illégitime.

Il nous semble en second lieu possible d'ouvrir cette marge d'appréciation aux acheteurs sans risque d'atteinte excessive aux principes d'égal et de libre accès à la commande publique car ces interdictions facultatives n'ont pas l'effet radical des interdictions obligatoires. Elles ne peuvent être prononcées, en application du II de l'article 48, qu'après que le candidat mis en cause ait été invité à établir « *dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement* ».

Mais cette marge d'appréciation ne saurait être sans limite et cette limite doit tenir à l'existence d'un lien étroit avec la procédure en cours. Cette condition découle d'ailleurs des termes du II de l'article 48 que nous venons de citer, qui impliquent que les comportements correspondant aux motifs d'exclusion du I, même s'ils ne se sont pas nécessairement produits au cours de la procédure de passation, doivent être au moins susceptibles de compromettre son déroulement régulier et que ce risque ne saurait résulter du seul fait que l'opérateur économique est soupçonné d'avoir eu, directement ou indirectement, un comportement anticoncurrentiel par le passé. La participation du candidat doit faire peser sur la régularité de la procédure en cours, du fait des liens qui unissent cette procédure à la procédure antérieure que le candidat a essayé d'influencer, un risque suffisamment sérieux pour que l'acheteur puisse légitimement choisir de l'exclure afin de garantir aux autres candidats les conditions d'une mise en concurrence transparente et égale.

Il est impossible de fixer à l'avance, de manière abstraite, les éléments susceptibles de caractériser ce lien. Trop précis, ils risqueraient de ne pas couvrir tous les cas de figure ; trop vagues, ils pourraient donner lieu à des abus. Mais nous pouvons tout de même indiquer que d'une part la tentative d'influence du candidat dans une procédure précédente devra être caractérisée de manière précise, d'autre part que l'acheteur devra établir que la participation de ce candidat à la procédure en cours faisait courir un risque sérieux d'atteinte à l'égalité de traitement des candidats. Tel sera par exemple le cas d'un candidat qui aura récemment commis de tels agissements et qui n'aura pas apporté, en réponse à la demande de l'acheteur, de garanties de ce que son professionnalisme et son intégrité ne pourront plus être mis en cause.

Le cas d'espèce, que vous retrouverez plus en détail en réglant l'affaire au fond si vous nous suivez, offre un bon exemple de tels liens : le comportement reproché à une personne proche de la société exclue n'a pas été commis au cours de procédures totalement étrangères au présent marché mais au cours de procédures récentes tendant à l'attribution, pour partie, des mêmes prestations, par le même acheteur, qui pouvait légitimement attendre d'une société ayant eu des liens de fait avec une personne mise en cause dans une enquête relative à des faits de corruption lors de la passation de ses précédents marchés qu'elle justifie n'avoir plus aucun lien avec cette personne.

Si vous partagez cette lecture des dispositions du 2° du I de l'article 48, vous jugerez que le juge du référé a commis une erreur de droit en considérant qu'elles ne pouvaient s'appliquer qu'aux pratiques anticoncurrentielles commises au cours de la procédure de passation dont il est saisi et que le département ne pouvait s'en prévaloir en l'espèce.

Le deuxième moyen, sur lequel vous n'aurez pas à vous prononcer si vous nous suivez sur le précédent, nous retiendra moins longtemps. Il est tiré de ce que l'auteur de l'ordonnance

attaquée aurait commis une erreur de droit en jugeant que le 5° de l'article 48 de l'ordonnance, qui permet d'exclure « *les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens* », ne pouvait justifier l'exclusion de la société EGBTI au motif qu'une « personne proche » du gérant de cette société fait l'objet d'une mise en examen pour notamment des faits de corruption active, car « cette circonstance ne peut en elle-même être susceptible de créer, dans le cadre de la présente procédure de passation, une situation de conflit d'intérêts, telle que définie par le 5° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précité, dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'impartialité ou l'indépendance des agents du département des Bouches-du-Rhône serait désormais mise en cause ». Le département fait valoir que sa constitution de partie civile dans la procédure pénale relative aux marchés de 2016 créait une situation de conflit d'intérêts avec la société.

Nous ne le pensons pas et partageons sur ce point la lecture que le juge du référé a fait du 5° de l'article 48 qui définit le conflit d'intérêt comme « *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* ». Une constitution de partie civile dans une procédure pour des faits de corruption dans des marchés publics ne traduit pas, par elle-même, l'existence d'une animosité personnelle de l'exécutif du département à l'encontre d'une société qui peut être mise en cause au cours de cette procédure. En juger différemment aurait d'ailleurs pour effet paradoxal de justifier le résultat recherché par l'intérêt personnel et d'utiliser la règle de prévention du conflit d'intérêt pour le satisfaire.

Le troisième moyen, tiré de ce que le juge du référé aurait annulé la procédure dans une mesure excessive, n'est pas fondé, puisque l'exclusion irrégulière d'un opérateur implique de reprendre la procédure au début avec l'opérateur irrégulièrement évincé.

Réglant l'affaire au fond, vous devrez vous prononcer sur la régularité de l'exclusion de la société EGBTI.

Nous avons vu que le motif tiré de ce que sa candidature créait une situation de conflits d'intérêts ne pouvait légalement justifier cette mesure.

L'autre motif, fondé sur les dispositions du 2° de l'article 48 de l'ordonnance de 2015, est tiré, nous l'avons dit, de ce qu'une personne proche de la société EGBT, considérée comme dirigeant de fait de cette société par les enquêteurs, a été mise en examen pour les délits de corruption active, recel en bande organisée et association de malfaiteurs dans une enquête pénale portant sur la commission de ces infractions lors de l'attribution de marchés publics du département entre 2013 et 2016, enquête qui a conduit à la mise en examen pour ces faits d'un directeur du département.

Les faits reprochés à cette personne proche de la société EGBTI constituent bien des tentatives « *d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur* » visées par le 2° de l'article 48 et nous vous avons expliqué les raisons pour lesquelles la circonstance qu'ils aient été commis à l'occasion de procédures antérieures lancées par le département ne faisait pas, compte tenu du lien entre ces procédures et la procédure en cause, obstacle à ce que le

département demande à la société de lui apporter des gages de son intégrité actuelle, afin que sa participation à la procédure ne risque pas de porter atteinte à l'égalité de traitement.

Or la réponse apportée par la société n'est pas entièrement satisfaisante. Celle-ci discute essentiellement de l'applicabilité des dispositions des 2° et 5° de l'article 48. S'agissant des éléments concrets sur ses liens avec la personne mise en cause, elle s'est bornée à faire valoir qu'elle n'est pas partie à la procédure pénale, n'est pas mise en examen, qu'elle ignore les éléments conduisant le département à porter de telles accusations et que la personne proche de la société visée par la mise en examen n'exerce aucune fonction au sein de la société comme en atteste le Kbis et l'organigramme de la société.

Sans même entrer dans les détails du dossier de l'enquête pénale qui n'ont pas tous été produits devant le juge du référé précontractuel, il n'est pas surprenant que le département n'ait pas été convaincu par cette argumentation. La personne mise en examen dans cette affaire, qui s'était présentée comme le responsable commercial de la société, avait des liens familiaux avec le gérant de la société. Il est donc peu crédible de la part de la société de nier tout rapport avec lui et de présenter comme preuve de son intégrité des documents sur lesquels un gérant de fait n'apparaît par définition pas. On ne voit pas non plus la raison pour laquelle cette personne aurait entrepris de corrompre un cadre de l'acheteur lors de l'attribution de marchés auxquels la société était candidate si ce n'est pour qu'elle les obtienne. La société a par ailleurs reconnu avoir produit de fausses déclarations lors de précédents marchés publics passés avec le département.

Il est vrai qu'il s'agit essentiellement de soupçons et que l'exclusion d'un opérateur économique est une décision grave. Mais ces soupçons sont sérieux et concordants et le département a pu légitimement se montrer particulièrement suspicieux, compte tenu de l'ampleur de l'affaire de corruption dans la passation de ses marchés publics dont il a très vraisemblablement été victime.

Ces circonstances très particulières nous paraissent de nature à justifier l'exclusion d'une société qui avait des liens récents avec des personnes mises en examen dans cette affaire et qui n'avait pas établi avoir pris des mesures garantissant son intégrité.

Ce motif d'exclusion étant fondé et justifiant à lui seule la décision que le département aurait certainement prise s'il n'avait retenu que ce motif, nous vous proposons de rejeter la demande de la société EGBTI.

Vous pourrez enfin mettre à sa charge le versement au département d'une somme de 3 000 euros au titre des frais de l'instance.