

Commande publique Bénéficiaire d'une fuite informatique n'est pas forcément tricher

Le Conseil d'Etat affine son appréciation du motif d'exclusion pour obtention d'informations confidentielles.

Par **Hervé Letellier**, avocat associé,
Selarl Symchowicz-Weissberg et associés

Genèse de la « pire solution à l'exception de toutes les autres » (1). Par une décision du 2 février, le Conseil d'Etat est venu préciser le champ d'application de l'article L. 3123-8 du Code de la commande publique (CCP) relatif à l'interdiction de soumissionner des personnes ayant « entrepris d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure ». Il a considéré qu'un candidat ayant bénéficié d'une fuite informatique et informé l'acheteur de la situation ne peut pas être évincé à ce titre. Il a aussi rappelé la possibilité offerte aux acheteurs de procéder à l'analyse et à la sélection de l'attributaire sur la base des offres intermédiaires, dans des circonstances particulières où le déroulement de la procédure ne peut être régularisé qu'ainsi (CE, 2 février 2024, « Suez France », n° 489820, publié au Recueil).

Dysfonctionnement de la plateforme. En l'espèce, le Syndicat des eaux d'Ile-de-France (Sedif) avait engagé une procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution d'une délégation du service public d'eau potable. Comme de coutume dans ce type de convention, le règlement de consultation prévoyait le dépôt d'offres initiales avant la mise en œuvre d'une négociation devant se traduire par la remise d'offres intermédiaires, puis finales. Les sociétés Suez Eau France et Veolia (candidate sortante), toutes deux admises à la phase de négociations, ont présenté une offre initiale, puis une offre intermédiaire.

A la suite d'un dysfonctionnement de la plateforme électronique utilisée par le pouvoir adjudicateur, Veolia a eu accès à certaines données confidentielles de sa concurrente. Le Sedif, estimant la poursuite de la négociation impossible, a décidé d'y mettre fin et de choisir Veolia comme attributaire sur la base des offres intermédiaires. Sans surprise, compte tenu notamment

de l'ampleur du futur contrat, un référé précontractuel a été déposé par Suez devant le tribunal administratif de Paris, conduisant ce dernier à valider le processus mis en œuvre par le Sedif.

Saisi d'un pourvoi, le Conseil d'Etat, par sa décision du 2 février 2024, est venu confirmer les conséquences de la transmission, en cours de procédure, d'informations confidentielles à un des soumissionnaires (2). Deux idées fortes résultent de cet arrêt.

Pas d'intentionnalité dans l'obtention des données confidentielles, pas d'exclusion

En premier lieu, la Haute juridiction était amenée à se prononcer, au regard des circonstances de l'espèce, sur la portée de l'article L. 3123-8 du CCP aux termes duquel l'autorité concédante « peut décider d'exclure de la procédure de passation du contrat de concession les personnes qui [...] ont entrepris d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure ». La requérante soutenait que de telles dispositions, au regard de l'attitude de sa concurrente ayant téléchargé et dupliqué les documents en cause, puis supposément tardé à informer l'acheteur de la situation, impliquait l'existence d'une démarche « entreprise » en vue d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage.

Le Conseil d'Etat, se réfugiant largement derrière le pouvoir d'appréciation des juges de première instance, a toutefois rejeté cet argument. Il a considéré que le juge des référés n'avait pas inexactly qualifié les faits qui lui étaient soumis ni commis d'erreur de droit en jugeant que les circonstances du dossier - notamment au regard de la décision de Veolia (certes après plusieurs jours) d'informer l'acheteur des dysfonctionnements avant la poursuite de la procédure de négociation et le dépôt de son offre finale - n'imposaient pas l'exclusion de la société bénéficiaire des informations.

Cumul de circonstances. Si cette motivation sibylline, certes respectueuse des prérogatives respectives des juges du fond et de cassation, est quelque peu regrettable, elle se trouve néanmoins éclairée par les conclusions du rapporteur public Nicolas Labrune sur deux points.

Premièrement, s'agissant des éléments devant être pris en compte pour apprécier si les opérateurs ont « entrepris d'obtenir des informations confidentielles », seules doivent être appréhendées les situations traduisant l'existence d'une certaine intentionnalité. Ce faisant, pour paraphraser Nicolas Labrune, doivent être « 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 ».

Deuxièmement, le rapporteur public, confrontant ce principe à la situation de l'espèce, s'est interrogé sur le point de savoir si Veolia pouvait être regardée comme ayant entrepris d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu. A cette occasion, il a :

- d'abord, considéré qu'un opérateur ne se situait pas nécessairement en dehors du champ de l'article L. 3128-3 au seul motif que les informations confidentielles lui soient parvenues sans que celui-ci ait cherché à se les procurer. Un candidat peut être concerné par l'exclusion bien que n'ayant pas été à l'origine de la fuite de données s'il tente, à un moment ou un autre, d'en



tirer profit de manière déloyale pour influencer sur le résultat de la procédure. Le fait que Veolia n'ait pas été à l'origine de la fuite informatique n'était donc pas totalement décisif, même si un tel élément, important, explicite en large partie la décision prise;

- ensuite, à supposer que la situation d'exclusion soit possiblement constituée, celle-ci peut « s'effacer » par la volonté du candidat de renoncer à se servir des éléments recueillis. A cet égard, le rapporteur a notamment insisté sur le fait que Veolia, bien qu'ayant téléchargé un certain nombre de documents et tardé à réagir, a alerté le Sedif des dysfonctionnements et a ce faisant, si tant est qu'elle ait eu cet objectif à un moment donné, renoncé à faire usage des informations ainsi obtenues.

C'est donc le cumul de ces circonstances qui a conduit à la solution adoptée.

La possibilité de procéder à l'analyse des offres intermédiaires

En second lieu, une fois cette problématique tranchée, restait à se prononcer sur la décision du Sedif de procéder à la sélection de l'opérateur sur la base des offres intermédiaires. La Haute juridiction a validé la démarche. Elle relève que « lorsqu'un règlement de consultation prévoit que les candidats doivent, après une phase de négociation, remettre leur offre finale à une date déterminée, cette phase finale constitue une étape essentielle de la procédure de négociation qui ne peut normalement pas être remise en cause au cours de la procédure ». Mais qu'il appartient « à l'autorité délégante de veiller en toute hypothèse au respect des principes de la commande publique, en particulier à l'égalité entre les candidats ».

Dans la mesure où la décision du syndicat « avait été prise pour remédier à la transmission par erreur à la société Veolia, de documents relatifs à la négociation menée entre le Sedif et la société Suez Eau France et aux éléments de l'offre intermédiaire de celle-ci », aucune irrégularité ne pouvait donc être constatée.

Confirmation de la jurisprudence antérieure. Ce second volet - bien qu'induisant des effets néfastes, les offres intermédiaires pouvant ne pas être assez matures pour permettre la sélection d'une offre susceptible de répondre au mieux aux attentes de l'acheteur et des usagers - est toutefois sans surprise,

le Conseil d'Etat ne faisant ici que confirmer sa jurisprudence antérieure (CE, 8 novembre 2017, « Société Transdev », n° 412859; voir aussi TA Toulon, 27 octobre 2020, n° 200275). Le tout en réitérant une réponse pragmatique qui, concrètement, ainsi que le rappelait le rapporteur public, est « une mauvaise solution, mais c'est la pire solution à l'exception de toutes les autres ». L'acheteur ne pouvait en effet relancer une nouvelle procédure - sauf à restructurer fondamentalement son besoin, ce qui semble naturellement impossible - et était donc contraint de figer la procédure à un stade précédant cette divulgation. ●

(1) *Concl. rapporteur public N. Labrune sous CE, 2 février 2024, n° 489820.*

(2) *Tout en rappelant, dans un premier temps, que le Sedif, intervenant en qualité d'autorité confiant à un tiers l'exploitation du réseau d'eau dont il a la charge, présente la qualité de pouvoir adjudicateur et non d'entité adjudicatrice (cf. CE, 14 décembre 2009, « Département du Cher », n° 330052; CE, 23 novembre 2011, « Société GIHP Lorraine Transports », n° 349746).*

Ce qu'il faut retenir

- ▶ L'article L. 3123-8 du Code de la commande publique permet « d'exclure de la procédure de passation du contrat de concession les personnes qui [...] ont entrepris d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu ».
- ▶ Dans un arrêt du 2 février, le Conseil d'Etat juge qu'un candidat ayant bénéficié d'une fuite informatique qui lui a donné accès à certaines informations confidentielles de son concurrent, et ayant informé l'acheteur de la situation, ne peut pas être évincé à ce titre.
- ▶ Il valide aussi le choix fait par le pouvoir adjudicateur, compte tenu des circonstances particulières, de choisir l'attributaire du contrat sur la base des offres intermédiaires déjà remises, faute de pouvoir poursuivre la procédure prévoyant la remise d'offres finales dans le cadre d'un processus de négociation.