

CONSEIL D'ETAT

SJ

statuant

au contentieux

N° 428866

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

DEPARTEMENT DES BOUCHES-DU-RHONE

M. Yohann Bouquerel

Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

(Section du contentieux, 7ème et 2ème chambres réunies)

M. Gilles Pellissier

Rapporteur public

Sur le rapport de la 7ème chambre

de la Section du contentieux

Séance du 12 juin 2019

Lecture du 24 juin 2019

Vu la procédure suivante :

La société EGBTI a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Marseille, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler, d'une part, la décision du 31 janvier 2019 par laquelle le département des Bouches-du-Rhône l'a exclue de la procédure de passation relative au marché public de travaux de remise en valeur du parvis, de rénovation de l'éclairage et de mise en accessibilité pour les personnes à mobilité réduite des archives et de la bibliothèque départementales à Marseille et, d'autre part, d'annuler la procédure de passation de ce marché. Par une ordonnance n° 1900902 du 28 février 2019, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a annulé la décision du 31 janvier 2019 ainsi que la procédure de passation des lots n° 3 et 4 du marché litigieux.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 15 mars et 1^{er} avril 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le département des Bouches-du-Rhône demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société EGBTI ;

3°) de mettre à la charge de la société EGBTI la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 ;
- le code de procédure pénale ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Yohann Bouquerel, maître des requêtes en service extraordinaire,

- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Garreau, Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, avocat du département des Bouches-du-Rhône et à Me Galy, avocat de la société EGBTI ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 12 juin 2019, présentée par la société EGBTI ;

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public (...)* ».

2. Les articles 45 à 50 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics établissent différentes causes d'interdiction de soumissionner pour les opérateurs s'étant rendus coupables de manquements incompatibles avec l'attribution d'un marché public. Aux termes de l'article 48 de cette ordonnance, qui énumère les causes d'interdiction de soumissionner facultative : « *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 ;/ .../ 5° Les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. 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. II. - Un opérateur économique ne peut être exclu en application du I que s'il a été mis à même par l'acheteur d'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 ».

3. Ces dispositions permettent aux acheteurs d'exclure de la procédure de passation d'un marché public une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de la commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats.

4. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le département des Bouches-du-Rhône a publié un avis d'appel public à la concurrence le 27 septembre 2018 et un avis rectificatif le 3 octobre 2018 relatifs à la relance des lots n° 3 « Electricité » et n° 4 « Eclairage dynamique » d'un marché à procédure adaptée portant sur les travaux de remise en valeur du parvis, de rénovation de l'éclairage et de mise en accessibilité pour les personnes à mobilité réduite des archives et de la bibliothèque départementales à Marseille. La société EGBTI a présenté une offre pour ces deux lots. Par un courrier du 13 décembre 2018, le département a informé la société EGBTI qu'elle était susceptible d'être exclue du marché sur le fondement des dispositions du 2° et du 5° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, en raison d'éléments mettant en exergue le fait qu'une personne proche de la société et considérée comme son dirigeant de fait avait tenté d'influer indûment le processus décisionnel d'attribution des marchés publics passés par le département entre 2013 et mai 2016, conduisant à l'ouverture d'une information judiciaire dans laquelle le département s'était constitué partie civile, de sorte que cette situation créerait une situation de conflit d'intérêts vis-à-vis du département, si la société n'établissait pas, dans un délai de dix jours, que son professionnalisme et sa fiabilité ne pouvaient plus être remis en cause. Par un courrier du 19 décembre 2018, la société EGBTI a fourni des explications et a invité le département à abandonner son projet de l'exclure du marché. Par une décision du 31 janvier 2019, le département a décidé d'exclure cette société du marché litigieux, au motif qu'elle n'avait pas apporté d'éléments relatifs à d'éventuelles mesures correctives mises en œuvre par la société et de nature à établir que son professionnalisme et sa fiabilité ne pouvaient plus être remis en cause pour la procédure en cours. Par une ordonnance du 28 février 2019, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative à la demande de la société EGBTI, a annulé la décision du 31 janvier 2019 ainsi que la procédure de passation des lots 3 et 4 du marché litigieux.

5. Pour annuler la décision excluant la société EGBTI de la procédure de passation du marché en cause, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a relevé que les dispositions du 2° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 visant les personnes ayant cherché à influencer sur le processus décisionnel de l'acheteur lors de la procédure de passation du marché public ne sauraient s'appliquer à des agissements constatés à l'occasion de précédentes procédures de passation et que, par suite, le département des Bouches-du-Rhône ne pouvait exclure la société EGBTI sur le

fondement de ces dispositions en invoquant des faits survenus à l'occasion de la passation d'autres marchés publics que celui en cours. Toutefois, ainsi qu'il a été dit au point 3, les dispositions du 2° du I de l'article 48 de cette même ordonnance ne réservent pas la faculté de mettre en œuvre cette cause d'exclusion facultative au seul cas des agissements commis dans le cadre de la procédure de passation en cours. Par suite, en jugeant qu'un acheteur ne pouvait pas exclure une entreprise de la procédure de passation d'un marché en application des dispositions du 2° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 pour des faits portant sur des marchés antérieurs, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a commis une erreur de droit.

6. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que le département des Bouches-du-Rhône est fondé à demander l'annulation de l'ordonnance qu'il attaque.

7. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société EGBTI.

8. En premier lieu, il résulte de l'instruction que, pour justifier sa décision du 31 janvier 2019 d'exclure la société EGBTI des lots n^{os} 3 et 4 du marché en cause, le département des Bouches-du-Rhône s'est fondé sur le fait qu'une personne regardée comme le gestionnaire de fait de cette société avait été mise en examen pour avoir entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du département lors de la passation de marchés de travaux entre 2013 et 2016 et qu'une information judiciaire avait été ouverte au mois de mai 2016, dans laquelle le département s'était constitué partie civile. Les éléments précis ainsi relevés à l'occasion de la passation de précédents marchés publics de travaux du département des Bouches-du-Rhône, qui portaient sur l'exécution de travaux d'entretien, de rénovation, de réparation et d'amélioration du patrimoine immobilier dans les bâtiments appartenant au département ou loués par lui et ont été déclarés sans suite, pouvaient conduire le département à avoir des raisons de mettre en doute la probité du candidat et de craindre pour la régularité de la procédure en cours. Invitée par le département à établir que son professionnalisme et sa fiabilité ne pouvaient plus être remis en cause, la société EGBTI s'est bornée, par son courrier du 19 décembre 2018, à contester l'interprétation du département sur la portée de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et à indiquer ne pas connaître l'identité de la personne présentée comme son gestionnaire de fait. La société n'a, ce faisant, pas produit d'éléments de nature à établir que son professionnalisme et sa fiabilité ne pourraient plus être remis en cause. Il en résulte que le moyen tiré de ce que le département n'était pas fondé à exclure la société EGBTI du marché litigieux en s'appuyant sur les dispositions du 2° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 doit être écarté.

9. En second lieu, la circonstance que le département s'est porté partie civile dans une procédure pénale dans laquelle une personne présentée comme le gérant de fait de la société EGBTI a été mise en examen n'est pas susceptible de caractériser une situation de conflit d'intérêts, au

sens des dispositions du 5° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, entre le département et cette société dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux.

10. Il ressort toutefois de l'instruction que le département aurait pris la même décision d'exclusion de la société EGBTI du marché s'il s'était fondé uniquement sur les dispositions du 2° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Il en résulte que la société EGBTI n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision du 31 janvier 2019 par laquelle le département l'a exclue de la procédure de passation du marché litigieux ni, par voie de conséquence, de la procédure de passation de ce marché.

11. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge du département des Bouches-du-Rhône, qui n'est pas la partie perdante, le versement d'une somme au titre des frais exposés par la société EGBTI et non compris dans les dépens. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société EGBTI une somme de 3 000 euros au bénéfice du département des Bouches-du-Rhône au titre de ces mêmes dispositions.

DECIDE :

Article 1^{er} : L'ordonnance du 28 février 2019 du juge des référés du tribunal administratif de Marseille est annulée.

Article 2 : La demande de la société EGBTI présentée devant le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, ainsi que ses conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La société EGBTI versera une somme de 3 000 euros au département des Bouches-du-Rhône au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée au département des Bouches-du-Rhône et à la société EGBTI.

Copie en sera adressée au ministre de l'économie et des finances.

