

MARCHÉS PUBLICS

Quand les entreprises ont un casier judiciaire

Le comportement d'un candidat à l'occasion d'un précédent marché peut justifier son exclusion au stade de l'examen des candidatures. Reste à savoir sur quelles bases estimer les défaillances. La jurisprudence permet d'en avoir une idée assez précise.

Aldo Sevino & Céline Buhaj

Dans le cadre de l'analyse des candidatures à une consultation de marché public, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure de la procédure les opérateurs économiques qui ne présentent pas de garanties de capacité suffisantes. Par cette « exclusion à la procédure », les acheteurs publics interdisent donc à des entreprises de candidater ou de présenter une offre au marché public, dès lors que les candidats ne satisfont pas aux conditions énoncées.

Le code de la commande publique distingue ainsi entre les exclusions qualifiées « de plein droit » (1), et les exclusions dites « à l'appréciation de l'acheteur » (2). Les exclusions dites « de plein droit » sont assez classiques dans la mesure où elles reprennent les exclusions qui étaient déjà prévues dans les textes précédents. Il s'agit pour l'essentiel de :

- la condamnation pénale ;
 - le manquement aux obligations sociales ou fiscales ;
 - les dispositions introduites par l'article 29 de la loi du 11 février 2005 ;
 - la liquidation judiciaire, la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer, la procédure de redressement judiciaire ;
 - l'exclusion administrative de conclure un contrat administratif.
- Les exclusions dites « à l'appréciation de l'acheteur » sont, en revanche, plus novatrices et posent davantage de difficultés.

Les exclusions « à l'appréciation de l'acheteur public »

Ces exclusions ont pour principales caractéristiques de conférer une marge de manœuvre supplémentaire pour l'acheteur public qui n'est donc pas tenu d'exclure

« automatiquement » le candidat qui se trouverait dans l'un des cinq cas suivants :

- la commission d'un manquement grave ou persistant à des obligations contractuelles au cours de l'exécution de précédents marchés (limitée aux trois années précédentes) ;

Ces exclusions ont pour principales caractéristiques de conférer une marge de manœuvre supplémentaire pour l'acheteur public

- des tentatives d'influence sur le processus de sélection ;
 - la détention d'informations confidentielles susceptibles de conférer un avantage anticoncurrentiel, obtenues grâce à la participation à la préparation de la procédure ;
 - l'existence d'indices graves, sérieux et concordants d'ententes ;
 - l'existence d'un conflit d'intérêts.
- Les exclusions « à l'appréciation de

l'acheteur public » présentent également une seconde caractéristique : elles ont un lien direct avec la procédure de passation du marché en cours. Elles visent ainsi à écarter tout risque de mauvaise exécution du marché projeté.

Parole à la défense

Bien évidemment, et à l'instar de ce qui se passe pour les prix anormalement bas, ces exclusions ne peuvent être prononcées qu'après que le candidat mis en cause a été invité à répondre aux accusations qui lui sont faites. Le code de commande publique prévoit ainsi expressément, en son article L.2141-11, que : « l'acheteur qui envisage d'exclure un opérateur économique en application de la présente section doit le mettre à même de présenter ses observations afin d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement ».

Tentatives d'influence

Ces mesures d'exclusion ont été assez largement utilisées et la jurisprudence a pu confirmer les conditions d'utilisation de celles-ci et leurs limites. Ainsi, le Conseil d'État, à l'occasion d'un arrêt du 24 juin 2019, a été amené à confirmer la possibilité pour l'acheteur public



© OLIVIER LE MOAL - STOCK.ADOBE.COM

d'exclure un candidat au motif qu'il aurait entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur à l'occasion d'autres procédures récentes d'attribution de marché (Conseil d'État, 24 juin 2019, Département des Bouches-du-Rhône, n° 428866). Dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public de travaux, le département des Bouches-du-Rhône a eu à examiner la candidature de la Société EGBTI, dont le gestionnaire de fait avait été mis 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. Une information judiciaire avait d'ailleurs été ouverte en 2016, dans laquelle le département s'était constitué partie civile.

L'acheteur peut exclure de la passation d'un marché un candidat en raison de sa défaillance notoire dans l'exécution d'un contrat antérieur

Conformément aux exigences du code de la commande publique, le

département des Bouches-du-Rhône a invité la société EGBTI à présenter ses observations afin d'établir que son professionnalisme et sa fiabilité ne pouvaient plus être remis en cause. S'étant contentée de contester l'appréciation par le département quant à la portée des dispositions précitées et à indiquer ne pas connaître l'identité de la personne présentée comme son gestionnaire de fait, la société EGBTI a été exclue de la procédure d'attribution du marché. Le juge du référé précontractuel a alors annulé cette décision au motif que l'article L.2141-8 du code de la commande publique ne saurait s'appliquer à des agissements constatés lors de précédentes procédures. Le Conseil d'État annule l'ordonnance du juge des référés et précise que : « 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 sur 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 des candidats ».

Exclusion pour manquement à des obligations contractuelles précédentes

Pour autant, le cas d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur public le plus probable et certainement le plus délicat parmi ceux prévus par le code de la commande publique est sans nul doute la possibilité d'exclure un candidat au motif de la commission d'un manquement grave ou persistant à des obligations contractuelles au cours de l'exécution de précédents marchés.

Ainsi, l'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché un candidat en raison de sa défaillance notoire dans l'exécution d'un contrat antérieur (limitée aux trois années précédentes). Une des questions posées par ce texte est de savoir si le manquement doit être apprécié de manière « subjective », c'est-à-dire au niveau de l'acheteur public qui envisage de s'en prévaloir, >>>

» ou si cette appréciation peut/doit être « objective », c'est-à-dire qu'un pouvoir adjudicateur peut se prévaloir d'un manquement observé sur un marché, confié par un autre acheteur public.

Pas que chez soi

La doctrine a été quelque temps partagée sur ce point, jusqu'à une réponse ministérielle en date du 16 avril 2019 (n° 15278), à l'initiative du Cabinet Asea, qui a clairement précisé que l'acheteur pouvait non seulement tenir compte des défaillances qu'il a lui-même constatées lors de l'exécution d'un précédent marché mais aussi de celles survenues auprès d'autres acheteurs publics.

Prendre en compte toutes les références

Un arrêt récent d'une cour administrative d'appel réaffirme ce principe, mais également ses limites (CAA de Nancy, 26 février 2019, Commune de Doubs, n° 18NC00064). Le pouvoir adjudicateur doit, en effet, s'assurer que l'entreprise n'apporte pas de nouvelles garanties pour « contrebalancer » la mauvaise exécution d'un précédent marché. La décision doit ainsi être prise sur l'ensemble des éléments de capacité professionnelle, technique et financière présenté par l'entreprise dans son dossier de candidature.

L'analyse n'avait pas été effectuée sur l'ensemble de ses capacités professionnelles, techniques et financières

L'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Nancy porte sur le cas d'un pouvoir adjudicateur qui avait écarté la candidature d'une société « en raison de la mauvaise exécution sur une

Réponse ministérielle du 16 avril 2019

« Le 1^{er} du I de l'article 48 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics modifiée consacre la jurisprudence issue de la décision du Conseil d'État « Région Lorraine » du 10 juin 2009, n° 324153. Ainsi, l'acheteur peut écarter, au stade de l'examen des capacités des candidats, la candidature d'un opérateur économique, titulaire d'un marché public ou d'un contrat de concession antérieur, qui au cours des trois dernières années, a dû verser des dommages-intérêts ou a été sanctionné par une résiliation ou une sanction comparable en raison d'un manquement grave ou persistant à ses obligations contractuelles. Les acheteurs ont ainsi la possibilité, sans porter atteinte aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement entre les candidats, énoncés à l'article 1^{er} de l'ordonnance, de rejeter la candidature de l'opérateur économique, si celui-ci s'est avéré, de manière notoire, défaillant lors de l'exécution passée d'un contrat, le cas échéant avec un autre acheteur alors même qu'il a présenté l'ensemble des capacités requises dans son dossier de candidature. Le dispositif du I de ce même article 48 a ainsi pour objet de responsabiliser les opérateurs économiques concernés afin de veiller, en leur qualité de titulaire, à une exécution efficiente et responsable du contrat. En tout état de cause, la circonstance qu'un candidat ait rencontré des difficultés d'exécution dans le cadre d'un précédent marché n'entraîne pas, de facto, son exclusion de la procédure. En effet, le II de l'article 48 de l'ordonnance précité prévoit qu'une telle exclusion, qui n'est qu'une faculté pour l'acheteur, ne peut intervenir qu'après que l'opérateur économique « 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 ». C'est dans le cadre de cet échange contradictoire que l'opérateur sera amené à établir sa capacité à exécuter le marché, sans que le dispositif du « droit à l'erreur » introduit par la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance (art. L.123-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration) ne trouve à s'appliquer dès lors qu'il n'a ni pour objet, ni pour effet, de permettre à un opérateur d'obtenir, à l'occasion de l'examen de sa candidature, la remise en cause d'une sanction dont il a fait l'objet dans le cadre d'un autre contrat. »

(Question écrite n° 15278 de M^{me} Anne Brugnera (La République en Marche – Rhône) posée à la demande du cabinet d'avocats Asea, le 18 décembre 2018. Réponse publiée au JOAN du 16 avril 2019, p. 3581).

opération antérieure ». La Cour a annulé la décision d'éviction prononcée par l'acheteur public au motif que l'analyse n'avait précisément pas été effectuée sur l'ensemble de ses capacités professionnelles, techniques et financières et, en particulier, « sans qu'aient été mises en balance les difficultés rencontrées au cours de l'exécution de ce précédent marché, avec les références produites ultérieurement ».

La Cour relève également dans sa décision que, s'il est exact que l'entrepreneur n'avait pas respecté les délais imposés dans le cadre de l'exécution de son marché précédent, « ces manquements de faible gravité n'avaient conduit la commune qu'à lui infliger des pénalités limitées à

cinq jours de retard alors que le préjudice lié au dégât des eaux avait été arrêté à seulement 1 000 euros ». Enfin, la société avait produit, dans son dossier de candidature, de nombreuses références, postérieures au précédent chantier, accompagnées d'attestations positives. En conséquence, la cour administrative d'appel a jugé que l'appréciation par l'acheteur public des garanties professionnelles, techniques et financières de la société s'est opérée de manière irrégulière. ♦

(1) Articles L.2141-1 à L.2141-5.
(2) Articles L.2141-7 à L.2141-10.

SUR LE WEB

RÉAGISSEZ SUR LE FIL !

Partagez votre expérience et donnez votre avis sur Twitter : @Lettre_du_cadre