

DÉONTOLOGIE

Traiter les conflits d'intérêts lors de la passation des contrats de la commande publique

Auteur associé | Actu juridique | Fiches de droit pratique | France | Publié le 27/03/2024

Le doute légitime sur l'existence d'un conflit d'intérêts entre le pouvoir adjudicateur et un candidat suffit pour le caractériser. L'exclusion du candidat concerné par un conflit d'intérêts ne doit pas constituer la première mesure pour traiter une situation de conflit d'intérêts. Enfin, la prévention est à privilégier.



[1]

Identifier le doute légitime sur l'impartialité de la procédure

Que le contrat à conclure soit un marché public ou une concession, le pouvoir adjudicateur est tenu de garantir l'impartialité de la procédure de passation menée. A cette fin, il dispose de la faculté, au titre des exclusions laissées à son appréciation, d'écarter de la consultation les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts. Concrètement, il lui appartient de veiller à ce qu'aucune des personnes agissant pour son compte et susceptible d'influencer l'issue de la procédure de passation ait « un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance » ⁽¹⁾ [2]

Si la situation est de nature à faire naître un « doute légitime » sur l'impartialité de la procédure ⁽²⁾ [3], alors la situation de conflit d'intérêts est caractérisée. En effet, il n'est pas nécessaire que la personne agissant pour le pouvoir adjudicateur ait effectivement procuré un avantage à l'un des concurrents : le simple fait qu'elle ait été en position de le faire suffit pour que le conflit d'intérêts soit reconnu.

Le régime de la preuve, reposant ainsi sur l'apparence de la situation, appelle donc à une vigilance particulière de la part des pouvoirs adjudicateurs.

Vérifier l'existence d'un lien d'intérêt suffisant entre la personne et le candidat

Pour caractériser ce doute légitime, il est d'abord nécessaire que la personne participant à l'attribution du contrat pour le compte du pouvoir adjudicateur – qu'il s'agisse d'un agent, d'un élu ou encore d'un assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO) – dispose d'un intérêt susceptible de compromettre son impartialité au profit de l'un des candidats. Celui-ci se matérialise par un lien entre la personne concernée et le candidat, qu'il soit financier ou économique ⁽³⁾ [4], professionnel ⁽⁴⁾ [5] ou encore familial ⁽⁵⁾ [6].

Mais la seule existence d'un tel lien ne permet pas de caractériser un intérêt. Ainsi, « le principe d'impartialité n'implique jamais une absence totale de tous liens passés. Il serait d'ailleurs inapplicable, notamment dans les domaines d'activité relativement étroits où les personnes jouissant d'une certaine expertise sont peu nombreuses » (6) ^[7]. La nature, l'intensité et la durée du lien doivent donc être suffisantes pour faire naître un réel doute sur l'impartialité de la personne concernée. Des liens simplement ponctuels (7) ^[8], l'absence de « responsabilités importantes » (8) ^[9] ou de « fonctions de haut niveau » (9) ^[10] anciennement exercées au sein de la structure du candidat ne sont ainsi pas nécessairement suffisants.

En revanche, le seul fait que le lien ait cessé ne suffit pas à écarter l'existence d'un intérêt s'il est encore récent. Tel sera le cas si la relation a pris fin depuis moins de trois mois (10) ^[11] ou moins de deux ans (11) ^[12].

Vérifier la capacité de la personne à influencer l'issue de la procédure

Si un lien d'intérêt suffisant est établi, le pouvoir adjudicateur doit ensuite vérifier que la personne en cause était effectivement susceptible d'exercer une influence sur l'issue de la procédure. Cette influence doit être appréciée concrètement, en tenant compte des phases de la procédure auxquelles la personne concernée a participé.

La possibilité d'exercer une réelle influence sur l'issue de la procédure sera, le plus souvent, aisée à établir en cas de participation active aux phases majeures de la procédure (analyse des offres, commission d'appel d'offres [CAO] ou commission de délégation de service public [CDSP]...).

En revanche, elle sera moins évidente en cas de participation mineure au processus de passation ou lors d'étapes moins sensibles. A ce titre, la seule participation à la rédaction du dossier de consultation des entreprises (DCE) (12) ^[13] ou du rapport d'analyse des offres sans procéder à la notation (13) ^[14] ne permet pas nécessairement d'exercer une réelle influence sur la procédure.

C'est donc à travers l'appréciation concrète et conjointe de la force de l'intérêt et du degré d'influence susceptible d'avoir été exercé dans la procédure de passation que le pouvoir adjudicateur devra retenir ou non l'existence d'un conflit d'intérêts.

Rechercher les possibilités de remédier à la situation avant toute mesure d'exclusion

Si la situation de conflit d'intérêts est caractérisée, l'exclusion du candidat ne peut constituer la première mesure corrective (14) ^[15]. Le pouvoir adjudicateur doit d'abord tenter d'y remédier par d'autres moyens, notamment en écartant la personne concernée intervenant pour son compte de la suite de la procédure. Ce n'est que dans l'hypothèse où ces mesures s'avèreraient impossibles, inutiles ou insuffisantes pour remédier à la situation – par exemple, en cas de rédaction orientée du DCE – que l'exclusion du candidat pourra être envisagée, sans toutefois être immédiatement prononcée.

En effet, le pouvoir adjudicateur devra préalablement solliciter le candidat en cause afin de savoir s'il a pris les mesures nécessaires pour mettre un terme à la situation décelée et, ainsi, garantir que sa participation à la procédure est insusceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement. Ce n'est que si ces éléments ne permettent pas d'écarter le doute légitime que la sanction radicale pourra être prononcée.

Assumer une position sévère pour réduire les risques juridiques

La décision d'exclure ou non un opérateur économique est susceptible d'être contestée – par le candidat exclu ou ses concurrents – avant la signature du contrat, dans le cadre d'un référé précontractuel, ou après celle-ci, notamment au titre d'un recours direct contre la validité du contrat (15) ^[16]. Dans ce dernier cas, retenir une offre

malgré un doute légitime sur la situation constitue une méconnaissance du principe d'impartialité et, incidemment, un vice d'une particulière gravité conduisant à l'annulation du contrat ⁽¹⁶⁾ ^[17]. L'enjeu est donc majeur d'un point de vue contractuel.

Mais c'est surtout le risque pénal qui appelle à la plus grande vigilance. En effet, qu'il s'agisse de retenir ou d'exclure indûment un candidat, l'appréciation erronée de la situation par le pouvoir constituera un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de caractériser le délit d'octroi d'avantage injustifié – dit délit de favoritisme – prévu par l'article 432-14 du code pénal ^[18].

En cas d'incertitude sur l'existence d'un conflit d'intérêts, et compte tenu de ces risques, prononcer une mesure d'exclusion du candidat concerné peut constituer la solution la plus opportune. En effet, paradoxalement, l'introduction d'un référé précontractuel par le candidat exclu peut être bénéfique pour le pouvoir adjudicateur, quelle que soit la décision finale du juge. Au mieux, l'exclusion sera confirmée par celui-ci, ce qui constituera le meilleur élément de défense en cas de poursuites pénales ; au pire, la décision sera annulée et la procédure reprise au stade de l'exclusion irrégulière du candidat, faisant « simplement » perdre quelques semaines par rapport au calendrier prévu.

Sans être définitivement écarté, puisque la tentative de favoritisme pourrait être retenue, le risque de poursuites pénales sera alors tout de même largement amoindri.

Anticiper les situations de conflit d'intérêts

En pratique, deux catégories de personnes sont plus exposées aux situations de conflits d'intérêts : les AMO, d'une part, et les élus devant prendre part à une commission (CAO/CDSP), d'autre part. Pour anticiper au mieux ces situations, certaines mesures peuvent être préalablement prises par le pouvoir adjudicateur.

S'agissant des AMO, il peut être demandé aux candidats à l'attribution du marché d'AMO d'indiquer les éventuels liens de l'équipe dédiée avec des entreprises susceptibles de prendre part à la procédure de passation du futur contrat, objet de l'assistance (participation à d'autres marchés en groupement, expériences professionnelles passées...). Il peut être également expressément indiqué, notamment si la mission implique la rédaction du DCE, que le titulaire du marché d'AMO ne pourra pas être candidat, y compris comme cotraitant d'un groupement, à l'attribution du futur marché.

Pour les élus, la vérification de l'absence de liens avec les concurrents est opportune dès le stade de l'examen des candidatures. En cas de lien décelé à cette occasion, une mesure de déport pourra ainsi être prise en temps utile. Plus largement, un rappel à la mesure et à la confidentialité n'est jamais superflu. Le juge administratif a en effet récemment pu considérer qu'une critique sur les réseaux sociaux de la part d'un élu membre de la CDSP à l'égard du titulaire sortant d'une délégation de service public, candidat à sa propre succession, constituait un manquement au principe d'impartialité ⁽¹⁷⁾ ^[19].

POUR ALLER PLUS LOIN

- Sept conseils pour prévenir les conflits d'intérêts en matière d'urbanisme
- Comment éviter les conflits d'intérêts dans un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage ?