

COMMANDE PUBLIQUE

Savoir manier les interdictions de soumissionner dans les marchés publics

Auteur associé | Actu juridique | Fiches de droit pratique | France | Publié le 10/07/2024

Il appartient à l'acheteur de vérifier que les candidats ne sont pas sous le coup d'une interdiction de soumissionner. Une lourde tâche à savoir manier avec dextérité. Explications.

**[1]**

Distinguer les deux catégories d'interdiction de soumissionner

Le pouvoir adjudicateur est tenu d'exclure les candidats frappés par l'une des interdictions de soumissionner prévues par les articles L.2141-1 à L.2141-10 du code de la commande publique ^[2] (CCP). Nombreuses, les situations appelant cette sanction radicale sont divisées en deux catégories.

Les premières, appelées « exclusions de plein droit », concernent les condamnations pénales définitives ⁽¹⁾ ^[3], les manquements aux obligations sociales ou fiscales constatés par un juge ou l'administration ⁽²⁾ ^[4] et les états de liquidation, faillite ou redressement judiciaire ⁽³⁾ ^[5].

Les secondes, intitulées « exclusions à l'appréciation de l'acheteur », visent les événements en lien avec la procédure de passation – obtention d'informations susceptibles de conférer un avantage ou fourniture d'informations trompeuses ⁽⁴⁾ ^[6], entente anticoncurrentielle ⁽⁵⁾ ^[7], conflit d'intérêts ⁽⁶⁾ ^[8] –, la mauvaise exécution d'un précédent contrat ⁽⁷⁾ ^[9] et, depuis peu, sous l'impulsion du récent verdissement de la commande publique, le défaut de plan de vigilance prévu par l'article L.225-102-4 du code de commerce ^[10] ⁽⁸⁾ ^[11], de bilan de gaz à effet de serre ⁽⁹⁾ ^[12] et, à compter du 1er janvier 2026, de publication d'informations en matière de durabilité ⁽¹⁰⁾ ^[13].

Ce n'est ni la gravité de la situation, ni l'éventualité de la sanction (qui s'imposera toujours lorsque la situation est caractérisée) qui les différencie, mais l'entité chargée d'apprécier la situation. Pour les exclusions de plein droit, elle est opérée par un tiers (juge ou administration). Il appartiendra seulement à l'acheteur d'en prendre acte et d'en tirer les conséquences. A l'inverse, pour les exclusions laissées à l'appréciation de l'acheteur, c'est à lui de déterminer si la situation est, ou non, effectivement caractérisée au regard des éléments à sa disposition.

Mais cette ligne de partage entre les deux catégories s'est érodée depuis le 11 mars 2023 ⁽¹¹⁾ ^[14]. En effet,

l'article L.2141-6-1 du CCP ^[15] impose désormais à l'acheteur de solliciter un candidat concerné par certains cas d'exclusion de plein droit afin de lui laisser la possibilité de démontrer qu'il a pris les mesures nécessaires pour mettre un terme à la situation (réparation du préjudice causé, collaboration active avec les autorités, mesures pour régulariser la faute sanctionnée et se prémunir des récidives pour l'avenir).

Sauf si le juge pénal a définitivement exclu le candidat, l'acheteur devra ainsi apprécier ces éléments « en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières de l'infraction pénale ou de la faute », avant de prononcer la mesure d'exclusion. Ces cas d'interdiction, pourtant de plein droit, sont donc finalement laissés à l'appréciation de l'acheteur.

Procéder aux vérifications nécessaires

Tout candidat doit produire, dès le dépôt de son dossier, une attestation sur l'honneur indiquant qu'il ne relève pas de l'une des interdictions de soumissionner prévue par le CCP ⁽¹²⁾ ^[16]. Cette attestation peut prendre la forme d'une pièce spécifique, d'un formulaire DC1 – à condition que la case dédiée soit cochée ⁽¹³⁾ ^[17] – ou du formulaire « Dume ». A l'ouverture des plis, l'acheteur, qui est tenu de vérifier la recevabilité et les informations des candidatures reçues ⁽¹⁴⁾ ^[18], doit, à ce titre, écarter toute candidature qui ne respecterait pas cette exigence, sauf s'il entend la régulariser. Au terme de la procédure, il lui appartiendra de vérifier la déclaration du seul attributaire pressenti et non de tous les soumissionnaires ⁽¹⁵⁾ ^[19].

A cette fin, l'attributaire doit fournir à l'acheteur une attestation « vigilance » de l'Urssaf, attestation de régularité fiscale délivrée par la direction générale des finances publiques, ainsi que, le cas échéant, divers documents prévus par le code du travail ⁽¹⁶⁾ ^[20]. En outre, l'attributaire devra produire son numéro unique d'identification, délivré par l'Insee et remplaçant le Kbis qui ne peut plus être sollicité ⁽¹⁷⁾ ^[21]. Ce numéro permettra à l'acheteur d'accéder aux informations utiles pour procéder lui-même aux autres vérifications.

Enfin, pour les cas mentionnés à l'article L.2141-1 ^[22] et aux points 1° et 3° de l'article L.2141-4 du CCP ^[23], pour prouver la véracité de la déclaration, l'attributaire devra présenter... une déclaration sur l'honneur ⁽¹⁸⁾ ^[24] ! En pratique, il est inutile de solliciter à nouveau l'attributaire pour obtenir une autre attestation : celle fournie au stade de sa candidature est suffisante.

Permettre au candidat de justifier l'absence de rupture de l'égalité de traitement

En matière d'exclusions laissées à l'appréciation de l'acheteur, c'est au regard des pièces de la candidature et de l'offre remise que l'examen devra être réalisé. L'on pense, par exemple, à la situation de conflit d'intérêts qui peut être décelée au regard de l'équipe proposée par le soumissionnaire pour l'exécution du marché, ou aux ententes anticoncurrentielles ⁽¹⁹⁾ ^[25] qui peuvent être révélées par une absence de candidature, ou aux prix proposés par les concurrents.

Par ailleurs, lorsque l'exclusion est envisagée parce que le candidat a « 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, ou [a] fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution » ⁽²⁰⁾ ^[26], il n'est pas nécessaire que la manœuvre sanctionnable soit intervenue lors de la procédure de passation en cours.

Des faits commis à l'occasion d'une autre procédure de passation, y compris lancée par un autre acheteur, peuvent également justifier l'exclusion ⁽²¹⁾ ^[27]. Toutefois, dans ce cas de figure, prescription oblige, seuls les faits commis – s'ils n'ont pas fait l'objet d'une condamnation – ou condamnés par un juge, le cas échéant, depuis moins de trois ans, peuvent justifier l'exclusion ⁽²²⁾ ^[28].

Enfin, pour ces cas d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur, mais aussi pour certaines exclusions de plein droit ⁽²³⁾ ^[29], si les conditions sont réunies, l'exclusion du candidat ne peut intervenir immédiatement. En effet, l'acheteur doit d'abord lui permettre d'établir, par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est donc pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement ⁽²⁴⁾ ^[30]. C'est à la lumière des éléments rapportés, le cas échéant, que l'acheteur devra prendre la décision d'exclusion. En cas de recours, celle-ci fera l'objet d'un contrôle poussé par le juge administratif ⁽²⁵⁾ ^[31].

Tenir compte des situations particulières

En procédure restreinte, à l'inverse d'une procédure ouverte, le contrôle de la déclaration sur l'honneur ne doit pas être réalisé auprès du seul attributaire pressenti : l'acheteur doit contrôler l'ensemble des candidats retenus avant de les admettre à remettre une offre ⁽²⁶⁾ ^[32]. La raison est évidente : si l'attributaire doit finalement être exclu, il aura alors pris la place d'un autre candidat non frappé d'une interdiction de soumissionner et, ainsi, susceptible de remporter le marché.

Par ailleurs, lorsque le motif d'exclusion concerne un membre d'un groupement candidat, seul celui-ci (et non le groupement entier) doit être exclu. Dans ce cas, l'acheteur doit exiger son remplacement par un autre opérateur – tiers ou un autre membre du groupement – dans un délai de dix jours. Ce n'est que dans l'hypothèse où aucun remplaçant valable – présentant les capacités nécessaires et non frappé d'une interdiction de soumissionner – n'est proposé dans le délai imparti que le groupement devra être exclu ⁽²⁷⁾ ^[33].

Le même procédé s'applique lorsque la mesure vise un sous-traitant ⁽²⁸⁾ ^[34] : seul ce dernier doit être exclu, charge au candidat de proposer un remplaçant valable sous dix jours, à peine d'exclusion. Au reste, sauf à entacher l'offre déposée d'incohérences préjudiciables, le remplacement de l'opérateur exclu devrait autoriser le soumissionnaire concerné à ajuster son offre. L'on pense, par exemple, à l'équipe dédiée initialement proposée, qui ne correspond plus nécessairement à la réalité. En revanche, il n'est pas question que le soumissionnaire puisse, à cette occasion, apporter à son offre des modifications substantielles ou sans lien avec cette substitution.

Enfin, si un candidat est sous le coup d'une interdiction de plein droit, l'acheteur peut, « à titre exceptionnel », maintenir sa candidature si, cumulativement : des raisons impérieuses d'intérêt général le justifient, le marché ne peut être confié à un autre opérateur économique, et qu'un jugement définitif ne l'exclut pas expressément de la commande publique ⁽²⁹⁾ ^[35]. Les conditions de cette dérogation sont ainsi particulièrement encadrées et seront appréciées de manière sévère par le juge administratif en cas de contestation.

POUR ALLER PLUS LOIN

- Jérôme Michon : « En intégrant les concessions, le code de la commande publique a éclairci les choses »
- Mettre en place une commande publique verte