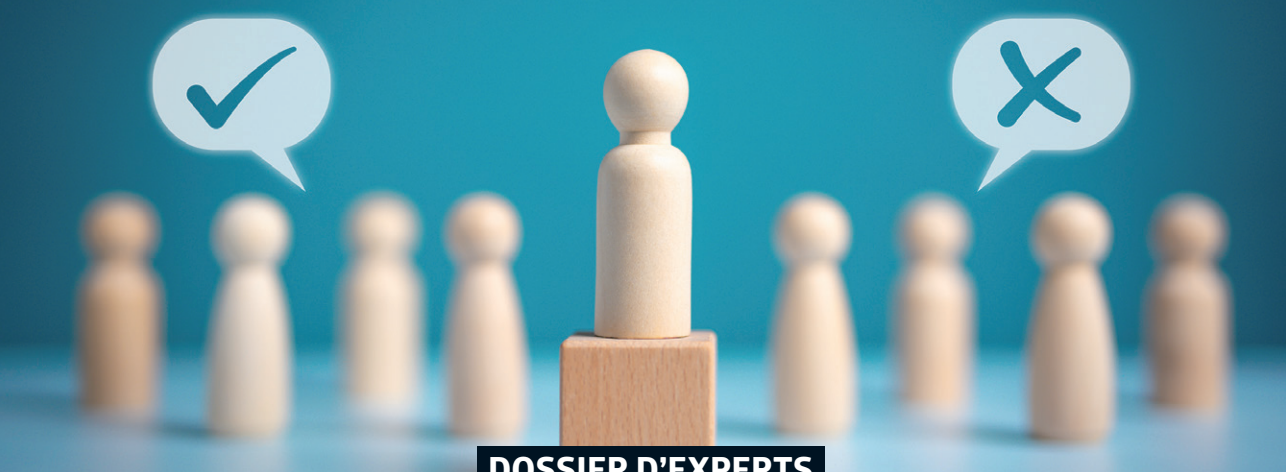




DOSSIER D'EXPERTS

8^e édition

COMMANDE PUBLIQUE

Le droit des candidats évincés

Modalités de rejet des candidatures et des offres

Arnaud Latrèche

Adjoint au directeur finances et commande publique
du département de la Côte-d'Or, consultant marchés publics



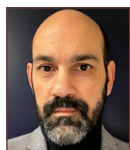
Le droit des candidats évincés

Modalités de rejet des candidatures et des offres

La liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures constituent le socle du droit des marchés publics. Le principe de transparence impose notamment aux acheteurs publics de justifier l'ensemble des choix qu'ils ont opérés dans le cadre de la passation des marchés publics. Au premier rang des personnes susceptibles d'obtenir des explications se trouvent les entreprises candidates ou soumissionnaires non retenues. Parce que l'essence même de la transparence est de ne rien dissimuler, tout, ou presque, mérite d'être dévoilé. Les entreprises ont ainsi le droit d'être tenues informées du sort réservé à leur offre, des motifs pour lesquels elle n'a pas été retenue et, sous certaines conditions, de l'offre de l'attributaire du marché. Sans oublier le droit de saisir le juge si elles estiment avoir été lésées.

Cet ouvrage, à destination tant des acheteurs publics que des opérateurs économiques, dresse un tour d'horizon complet des droits des candidats évincés et propose plusieurs modèles de documents pouvant être utilisés. Un droit de regard salutaire qui ne peut qu'inciter les acheteurs publics à bien consolider leurs décisions.

Cette édition présente les nouveaux critères d'exclusion des marchés publics selon les lois de 2021 et 2023 sur le climat, l'adaptation au droit de l'UE, et l'industrie verte, ainsi que la jurisprudence récente relative aux recours contentieux ouverts des candidats évincés.

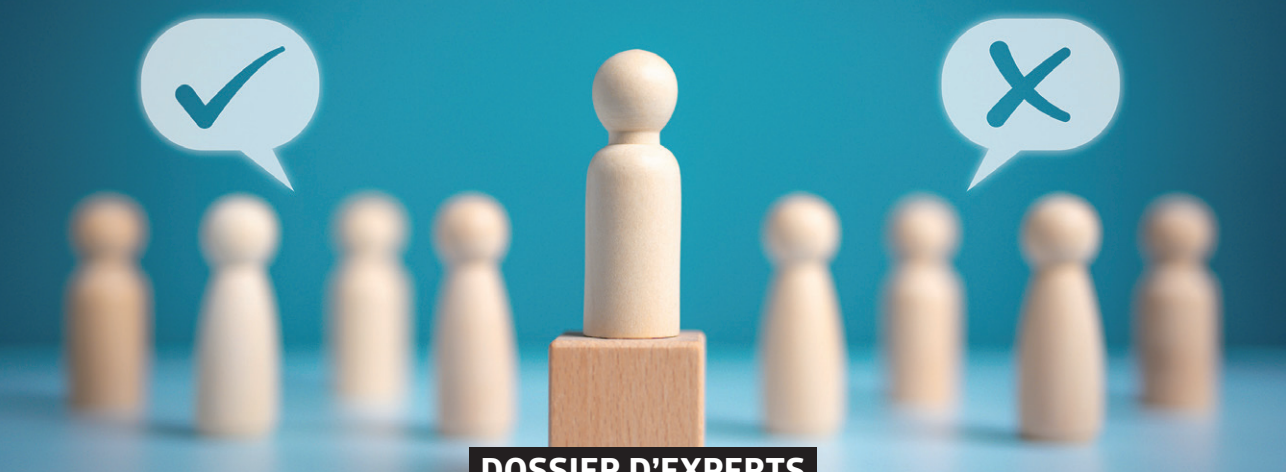


Titulaire d'une maîtrise en droit public et du DESS « Juriste des collectivités territoriales », **Arnaud Latrèche** est adjoint au directeur finances et commande publique du département de la Côte-d'Or. Praticien des marchés publics depuis près de vingt-cinq ans, vice-président de l'Association des acheteurs publics, il est par ailleurs enseignant à la faculté de droit de l'Université de Bourgogne et l'ESTP Paris Campus Dijon. Il intervient régulièrement pour divers organismes de formation. Depuis 2011, il exerce une activité accessoire de consultant en marchés publics tant pour le secteur public que privé.

boutique.territorial.fr

ISSN : 1623-8869 – ISBN : 978-2-8186-2189-9

territorial éditions



DOSSIER D'EXPERTS

8^e édition

COMMANDE PUBLIQUE

Le droit des candidats évincés

Modalités de rejet des candidatures et des offres

Arnaud Latrèche

Adjoint au directeur finances et commande publique
du département de la Côte-d'Or, consultant marchés publics

territorial éditions

CS 70215 - 38501 Voiron Cedex - Tél.: 04 76 65 87 17 - Référence TDE 923A

Retrouvez tous nos ouvrages sur boutique.territorial.fr

**Vous souhaitez
nous contacter
à propos de votre ouvrage ?**

C'est simple !

Il vous suffit d'**envoyer un mail à :**
service-client-editions@territorial.fr
en précisant l'objet de votre demande.
Pour connaître l'ensemble de nos publications,
rendez-vous sur notre boutique en ligne
boutique.territorial.fr

Avertissement de l'éditeur:

La lecture de cet ouvrage ne peut en aucun cas dispenser le lecteur
de recourir à un professionnel du droit.

Nous sommes vigilants concernant les autorisations
de reproduction et indiquons systématiquement
les sources des schémas, images, tableaux, etc.

Pour toute demande de modification, mise à jour
ou suppression d'un élément au sein de cet ouvrage,
merci de contacter les éditions Territorial.



Il est interdit de reproduire
intégralement ou partiellement
la présente publication
sans autorisation du
Centre Français d'exploita-
tion du droit de Copie.

CFC

20, rue des Grands-Augustins
75006 Paris.
Tél. : 01 44 07 47 70



© Territorial, Voiron

ISBN: 978-2-8186-2189-9

ISBN version numérique: 978-2-8186-2190-5

Imprimé par Reprotechnic, à Bourgoin-Jallieu (38) - Mars 2024

Dépôt légal à parution

Sommaire

Introduction	p.7
--------------------	-----

Partie 1

Les hypothèses de rejet des candidatures et des offres

Chapitre I

Les candidatures devant être éliminées	p.11
--	------

A - Les candidatures irrecevables	p.11
1. Les motifs d'exclusion	p.11
2. Les dossiers de candidature incomplets	p.16
3. Les candidatures ne satisfaisant pas aux conditions de participation	p.16
B - Les cas particuliers	p.17

Chapitre II

Les offres devant être éliminées	p.19
--	------

A - Les offres irrecevables	p.19
B - Les offres n'étant pas économiquement les plus avantageuses	p.21

Partie 2

L'obligation de notification des décisions de rejet et d'attribution

Chapitre I

Le champ d'application de l'obligation de notification des décisions de rejet et de leur motivation	p.25
---	------

A - La notification de la décision de rejet: une obligation standard pour l'ensemble des procédures	p.25
B - La motivation de la décision de rejet: une obligation modulée selon la procédure ..	p.26
1. MAPA	p.26
2. Marchés passés selon une procédure formalisée	p.27

C - La communication du nom de l'attributaire et de la description de son offre : une obligation variant selon la procédure et le stade d'éviction de l'opérateur économique	p. 27
1. MAPA	p. 27
2. Marchés passés selon une procédure formalisée	p. 28
3. Les renseignements non communicables	p. 29
D - Les modalités de motivation des décisions de rejet et d'attribution	p. 30
1. La motivation de la décision de rejet de candidature	p. 30
2. La motivation de la décision de rejet de l'offre et de la décision d'attribution du marché	p. 30
E - La mention des voies et délais de recours	p. 31

Chapitre II

Le délai d'attente de la signature du marché	p. 33
---	-------

A - Marchés passés selon une procédure formalisée	p. 33
B - MAPA	p. 34

Chapitre III

Exemples de courriers informant les candidats évincés	p. 37
--	-------

A - Plis hors délai	p. 37
1. Procédures ouvertes	p. 37
2. Procédures restreintes (stade candidatures)	p. 38
3. Procédures restreintes (stade offres)	p. 38
B - Candidatures irrégulières	p. 39
1. Procédures restreintes	p. 39
2. Procédures ouvertes	p. 39
C - Candidatures qui ne répondent pas aux niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières	p. 40
1. Procédures restreintes	p. 40
2. Procédures ouvertes	p. 41
D - Offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées	p. 42
E - Offres n'étant pas économiquement les plus avantageuses	p. 43
F - Offres anormalement basses	p. 44

Partie 3

La diffusion des résultats de la mise en concurrence

Chapitre I

La description de l'offre retenue	p. 47
--	-------

A - Les informations communiquées sur demande des candidats	p. 47
B - Les informations publiées	p. 48
1. L'avis d'intention de conclure le marché	p. 48
2. L'avis d'attribution du marché	p. 49

Chapitre II

Le compte rendu de l'échec de la procédure	p. 51
---	-------

Partie 4

L'accès aux documents administratifs relatifs aux marchés publics et accords-cadres

Chapitre I

Le droit d'accès aux documents administratifs	p.55
A - Le champ d'application du droit d'accès aux documents administratifs	p.55
B - Les limites au droit d'accès aux documents administratifs	p.56
C - Les modalités d'accès aux documents administratifs	p.57

Chapitre II

Les documents communicables	p.59
A - Avant la signature du marché	p.59
B - Après la signature du marché	p.59
1. Cas général	p.59
2. La remise en cause du caractère communicable des documents financiers de l'attributaire	p.60

Chapitre III

Les documents non communicables	p.61
A - Avant la signature du marché	p.62
B - Après la signature du marché	p.62
1. Documents relatifs à l'entreprise retenue	p.62
2. Documents relatifs aux candidats non retenus	p.63

Chapitre IV

Exercice pratique	p.65
A - La demande du candidat	p.65
B - L'occultation des informations non communicables	p.66
C - La réponse de la collectivité	p.68

Partie 5

Les principaux recours contentieux ouverts aux candidats évincés

Chapitre I

Les recours ouverts avant la signature du marché	p.71
A - Le recours en excès de pouvoir contre les actes détachables du marché	p.71
1. Le champ d'application du recours en excès de pouvoir	p.71
2. Les conditions de saisine du juge	p.71
3. Les pouvoirs du juge	p.72
4. Les conséquences de l'annulation de l'acte détachable sur la validité du contrat	p.72
B - Le référé précontractuel	p.73
1. Les conditions de saisine du juge	p.73
2. Les pouvoirs du juge	p.75

3. Les conséquences de la méconnaissance du délai d'attente sur la recevabilité du référé précontractuel.....	p.76
4. L'appréciation par le juge de la portée des irrégularités	p.76

Chapitre II

Les recours ouverts après la signature du marché..... p.81

A - Le référé contractuel..... p.81

1. Les conditions de saisine du juge..... p.81

2. Les pouvoirs du juge..... p.82

B - Le recours en contestation de la validité du contrat..... p.84

1. Les conditions de saisine du juge..... p.85

2. Les pouvoirs du juge..... p.88

3. Les contrats concernés par le recours en contestation de validité de contrat..... p.89

Chapitre III

Les conditions d'indemnisation des opérateurs irrégulièrement évincés..... p.95

Annexes et textes

Annexe I

Dispositions des directives européennes relatives aux droits des candidats évincés..... p.101

Annexe II

Code des relations entre le public et l'administration (extraits)..... p.103

Introduction

La transparence est l'un des principes fondamentaux régissant les marchés publics. Principe à valeur constitutionnelle¹, il est expressément consacré, tant par les directives européennes « marchés »² que par le Code de la commande publique³, lequel s'est substitué à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ainsi qu'au décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, abrogés à compter du 1^{er} avril 2019.

De ce principe résultent plusieurs obligations pour les acheteurs publics soumis à cette ordonnance, lesquelles constituent autant de droits et de garanties pour les opérateurs économiques candidats ou soumissionnaires⁴ évincés. Ces derniers qui, ne l'oublions pas, ont parfois mobilisé des moyens importants et un temps précieux à l'occasion de l'étude du projet de marché, ont le droit d'être tenus informés des décisions prises, d'en connaître les motifs, d'obtenir sous certaines conditions la copie des documents sur la base desquels les décisions sont fondées, voire de contester ces dernières devant le juge.

Le présent ouvrage offre le panorama des règles applicables aux acheteurs publics, qu'ils soient des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices.

1 Dans sa décision n° 2003-473 DC du 23 juin 2003, le Conseil constitutionnel a déduit ce principe des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

2 Considérant le (1) et l'article 18-1 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, considérant le (2) et l'article 36-1 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

3 Article L.3

4 En vertu des articles L.1220-1 à L.1220-3 du Code de la commande publique, le terme « opérateur économique » vise toute personne (physique ou morale, publique ou privée) ou tout groupement de personnes disposant ou non de la personnalité morale, qui propose sur le marché une offre de travaux, de services ou la fourniture de produits. Un candidat est un opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un marché public et un soumissionnaire est un opérateur économique qui présente une offre.

Partie 1

Les hypothèses de rejet des candidatures et des offres

Préalablement à l'examen des droits dont bénéficient les opérateurs économiques évincés, un bref rappel des situations justifiant le rejet des candidatures et des offres nous semble opportun.

Chapitre I

Les candidatures devant être éliminées

La liberté d'accès à la commande publique n'est pas un principe absolu. Les opérateurs économiques doivent préalablement « montrer patte blanche » avant de pouvoir entrer dans le cercle des fournisseurs et prestataires des administrations. Le droit des marchés publics distingue ainsi deux étapes qui, à défaut d'être franchies avec succès par les entreprises, entraînent le rejet de leur candidature :

- l'examen de la recevabilité des candidatures ;
- la sélection des candidats recevables.

A - Les candidatures irrecevables

L'article R.2144-7 du Code de la commande publique envisage trois cas de figure s'opposant à l'admission des candidats :

- les motifs d'exclusion de la procédure de passation des marchés publics (de plein droit ou à l'appréciation de l'acheteur) ;
- la production d'un dossier de candidature incomplet ;
- les conditions de participation non réunies.

1. Les motifs d'exclusion

Les articles L.2141-1 à L.2141-11 énoncent les différentes situations s'opposant à ce qu'un opérateur économique puisse accéder à la procédure de passation des marchés. Le paiement des marchés publics étant financé principalement par les deniers publics, les opérateurs économiques postulant à l'obtention de commandes publiques doivent être irréprochables vis-à-vis de leurs obligations sociétales, et satisfaire aux exigences d'une conduite professionnelle exemplaire.

Deux catégories de cas d'exclusion de la procédure de passation des marchés publics sont ainsi définies :

- les motifs d'exclusion de plein droit : si l'opérateur se trouve dans l'un de ces cas, son exclusion s'impose *ipso facto* et l'acheteur n'a pas d'autre choix que celui de prononcer cette exclusion ;
- les motifs d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur : si l'opérateur est concerné par l'une de ces hypothèses, l'acheteur dispose alors d'une marge d'appréciation, après échange contradictoire avec l'opérateur, pour décider d'exclure ou non ce dernier.

Les cas d'exclusion de plein droit visent les opérateurs économiques :

- condamnés définitivement pour certaines infractions prévues par le Code pénal (trafic de stupéfiants, traite des êtres humains, escroquerie, abus de confiance, blanchiment, terrorisme, concussion, corruption active et passive, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, octroi d'avantages injustifiés dits « délits de favoritisme », soustraction ou détournement de biens, faux et usage de faux, association de malfaiteurs) et le Code général des impôts (soustraction frauduleuse à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts ou pour recel de ces infractions, obstruction à la constatation des infractions à la législation fiscale, organisation d'un refus collectif de l'impôt) ;
- qui n'ont pas respecté leurs obligations fiscales ou sociales (déclaration ou paiement) ;
- placés en liquidation judiciaire, faisant l'objet d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer, admis au redressement judiciaire mais ne bénéficiant pas d'un plan de redressement ou n'étant pas autorisés à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible du marché ;
- sanctionnés pour travail dissimulé, marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre, emploi d'étrangers non autorisés à travailler en France, méconnaissance de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ou discrimination ;
- qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle la procédure de passation du marché a été lancée, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation quadriennale sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (entreprises où sont instituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives) ;
- qui ont fait l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs, prise par une décision administrative, consécutivement à un constat de travail illégal (travail dissimulé, marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre, emploi d'étrangers non autorisés à travailler en France).

Quant aux exclusions laissées à l'appréciation de l'acheteur, celui-ci a la possibilité d'écarter les opérateurs économiques :

- qui, au cours des trois dernières années, ont dû verser des dommages et intérêts ou ont été sanctionnés pour fautes contractuelles graves ou persistantes (résiliation pour faute, notamment) lors de l'exécution d'un marché public antérieur ;
- qui, pour l'année qui précède celle du lancement de la procédure de passation du marché, n'ont pas respecté l'obligation d'établir le plan de vigilance comportant les mesures définies par l'article L.225-102-4 du Code de commerce⁵ ;
- qui n'ont pas respecté l'obligation d'établir un bilan de leurs émissions de gaz à effet de serre définie par l'article L.229-25 du Code de l'environnement, pour l'année qui précède le lancement de la consultation⁶ ;
- qui ont tenté d'influencer à tort les décisions de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles pouvant leur procurer un avantage concurrentiel ou ont fourni des informations trompeuses ;

5 Ce motif d'exclusion résulte de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets. Le plan de vigilance définit les mesures raisonnables permettant d'identifier les risques et de prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes et l'environnement.

6 Ce cas d'exclusion a été introduit par la loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte.

- qui ont pris part directement ou indirectement à la préparation de la procédure de passation du marché et, à ce titre, ont eu accès à des informations leur procurant un avantage concurrentiel par rapport aux autres candidats, lorsqu'il n'est pas possible de remédier à cette asymétrie d'informations par d'autres moyens que leur élimination ;
- pour lesquels il est établi, au vu d'éléments suffisamment probants ou constituant des indices graves, sérieux et concordant dont l'acheteur dispose, qu'ils ont conclu une entente anticoncurrentielle avec d'autres opérateurs ;
- dont la candidature provoque une situation de conflit d'intérêts avec un représentant de l'acheteur ou d'un tiers qui le conseille (assistant à maître d'ouvrage, maître d'œuvre...) susceptible d'influencer l'issue de la procédure (analyse des offres, pouvoir de décision...), lorsque ce conflit d'intérêts ne peut pas être écarté par d'autres moyens (tel un déport de la personne concernée par exemple).

Toutefois, lorsqu'il envisage d'exclure un candidat pour l'un de ces motifs d'exclusion facultatifs, l'acheteur est tenu de respecter une procédure contradictoire préalable. L'opérateur en question doit être invité à s'expliquer et à démontrer à l'acheteur que les risques susvisés ne sont plus ou pas avérés selon les cas. Si les éléments de réponse apportés par l'opérateur « suspecté » sont suffisamment convaincants, l'acheteur accepte la candidature. À défaut, son exclusion s'impose selon toute vraisemblance.

a) Exclusions de plein droit



Article L.2141-1 du Code de la commande publique

« Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 225-4-1, 225-4-7, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du Code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du Code général des impôts, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne. La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des marchés de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente par une décision de justice définitive, l'exclusion de la procédure de passation des marchés au titre du présent article s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation.

Cette exclusion n'est pas applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du Code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du même code ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 dudit code ou des articles 702-1 ou 703 du Code de procédure pénale. »

Article L.2141-2

« Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles. La liste de ces impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales est fixée par un arrêté du ministre chargé de l'Économie annexé au présent code.

Cette exclusion n'est pas applicable aux personnes qui, avant la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, acquitté lesdits impôts, taxes, contri-

butions et cotisations ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement, ou, à défaut, ont conclu et respectent un accord contraignant avec les organismes chargés du recouvrement en vue de payer les impôts, taxes, contributions ou cotisations, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités ou amendes. »

Article L.2141-3

« Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes :

1° Soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L.640-1 du Code de commerce ou faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger ; 2° Qui font l'objet, à la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer en application des articles L.653-1 à L.653-8 du Code de commerce, ou d'une mesure équivalente prévue par un droit étranger ; 3° Admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L.631-1 du Code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, qui ne bénéficient pas d'un plan de redressement ou qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché. »

Article L.2141-4

« Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui :

1° Ont été sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues aux articles L.8221-1, L.8221-3, L.8221-5, L.8231-1, L.8241-1, L.8251-1 et L.8251-2 du Code du travail ou qui ont été condamnées au titre de l'article L.1146-1 du même code ou de l'article 225-1 du Code pénal ; 2° Au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du marché, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation prévue au 2° de l'article L.2242-1 du Code du travail.

Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive, l'exclusion prévue au présent article s'applique pour une durée de trois ans à compter de la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction.

Cette exclusion n'est pas applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du Code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du Code pénal ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 du Code pénal ou des articles 702-1 ou 703 du Code de procédure pénale. »

Article L.2141-5

« Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L.8272-4 du Code du travail. »

Article L.2141-6

« L'acheteur peut, à titre exceptionnel, autoriser un opérateur économique qui serait dans un cas d'exclusion prévu à la présente section à participer à la procédure de passation d'un marché, à condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le marché en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un État membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des marchés. »

Article L.2141-6-1

« La personne qui se trouve dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L.2141-1, L.2141-4 et L.2141-5 peut fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité, notamment en établissant qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation du préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, qu'elle a clarifié totalement les faits ou les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières de l'infraction pénale ou de la faute. Si l'acheteur estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation de marché.

Une personne qui fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics au titre des articles 131-34 ou 131-39 du Code pénal ne peut se prévaloir des deux premiers alinéas du présent article pendant la période d'exclusion fixée par la décision de justice définitive. »

b) Exclusions à l'appréciation de l'acheteur (facultatives)



Article L.2141-7

« L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur. »

Article L.2141-7-1

« L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes soumises à l'article L.225-102-1 du Code de commerce qui ne satisfont pas à l'obligation d'établir un plan de vigilance comportant les mesures prévues au même article L.225-102-4, pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou d'engagement de la consultation. »

Article L.2141-7-2

« L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes soumises à l'article L.229-25 du Code de l'environnement qui ne satisfont pas à leur obligation d'établir un bilan de leurs émissions de gaz à effet de serre pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou d'engagement de la consultation. »

Article L.2141-8

« L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui :
1° Soit 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, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;
2° Soit par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens. »

Article L.2141-9

« L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes à l'égard desquelles il dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence. »

Article L.2141-10

« L'acheteur peut exclure de la procédure de passation du marché 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 telle situation toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché 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. »

Article L.2141-11

« L'acheteur qui envisage d'exclure une personne en application de la présente section doit la mettre à même de fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité 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 des candidats.

La personne établit notamment qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation des manquements précédemment énoncés, qu'elle a clarifié totalement les faits et les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir toute nouvelle situation mentionnée aux articles L.2141-7 à L.2141-10. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières attachées à ces situations. Si l'acheteur estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation de marché. »

2. Les dossiers de candidature incomplets

Le dossier de candidature produit par l'entreprise est censé permettre au pouvoir adjudicateur de constater si la candidature est ou non recevable, puis d'apprécier, à l'aune des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières qu'il a retenus, si cette dernière peut être sélectionnée. Dès lors, un dossier incomplet entraîne naturellement le rejet de la candidature, la collectivité ne pouvant procéder à ce constat ni à cette sélection.

Précisons toutefois que, sur le fondement de l'article R.2144-2 du Code de la commande publique, l'acheteur public peut décider d'octroyer un délai aux candidats concernés pour leur permettre de compléter leur dossier de candidature.

3. Les candidatures ne satisfaisant pas aux conditions de participation

Parmi les opérateurs économiques ne faisant l'objet d'aucune interdiction de soumissionner et ayant produit un dossier de candidature complet, ceux qui, après analyse, ne justifient pas de leur aptitude à exercer leur activité professionnelle, de leur capacité économique et financière ou de leur capacité technique et professionnelle sont éliminés.

Cette analyse, davantage subjective que la simple constatation matérielle que le candidat a produit un dossier complet et qu'il atteste sur l'honneur qu'il ne fait l'objet d'aucune interdiction de soumissionner, se fonde sur les documents justificatifs et moyens de preuve exigés par l'acheteur public et portés à la connaissance des opérateurs économiques dans les documents de la consultation.



Article R.2144-1 du Code de la commande publique

« L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions prévues aux articles R.2144-3 à R.2144-5. »

Article R.2144-2

« L'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous. Les dispositions du premier alinéa s'appliquent dans le cas où l'acheteur constate qu'une candidature a été présentée en méconnaissance de l'article R.2132-7. »

Article R.2144-3

« La vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles des candidats peut être effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché. »