

MARCHÉS PUBLICS

Entreprises défaillantes : le droit à la seconde chance

- L'exécution d'un marché public n'est pas toujours un long fleuve tranquille.
- Les difficultés rencontrées avec des prestataires lors de la réalisation des contrats amènent certains maîtres d'ouvrage à les écarter d'emblée à l'occasion d'une nouvelle procédure de passation.
- Toutefois, la question se pose de savoir si un pouvoir adjudicateur peut évincer un candidat au seul motif d'une insatisfaction liée à l'exécution d'un précédent marché.

PAR MATHIEU HEINTZ
 Chef du service juridique,
 conseil général de l'Isère

A l'occasion d'un appel d'offres pour la passation d'un marché de restauration du clocher d'une église, la commission d'appel d'offres d'une commune avait décidé de ne pas admettre la candidature d'un des soumissionnaires en raison de « litiges ayant opposé récemment ou opposant la société au maître d'œuvre dans des opérations similaires ». Saisie en appel après que le tribunal administratif de Melun eut rejeté la demande d'annulation de cette décision, la cour administrative d'appel de Paris a au contraire annulé cette dernière (1). Elle a en effet considéré que « pour évaluer ces garanties, la commission d'appel d'offres ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permet-

tent à celle-ci de justifier de telles garanties; qu'ainsi, en écartant la candidature de la société GAR, en se fondant uniquement sur l'existence de litiges opposant cette société au maître d'œuvre dans des opérations similaires, sans examiner dans son ensemble le dossier de candidature de la société, la commission d'appel d'offres a entaché sa décision d'une erreur de droit ».

Il ressort donc de cet arrêt que si un maître d'ouvrage peut écarter une entreprise pour un motif antérieur d'insatisfaction, il doit, avant cela, apprécier l'ensemble des éléments relatifs à la candidature litigieuse. La jurisprudence reconnaît, certes, la faculté d'écarter une entreprise pour des précédents manquements, mais elle encadre strictement la méthode employée par le pouvoir adjudicateur pour parvenir à cette décision.

En d'autres termes, loin d'un rejet automatique des entreprises défaillantes, la jurisprudence leur reconnaît un droit à la seconde chance.

Le droit d'écarter une entreprise défaillante

Le droit d'écarter un soumissionnaire pour des erreurs passées trouve son fondement juridique dans plusieurs sources du droit de la commande publique. Mais, quel que soit son fondement, une telle décision ne pourra être prise qu'au stade de la candidature.

Le fondement juridique du droit à l'éviction

Un pouvoir adjudicateur, confronté à la candidature d'une entreprise avec laquelle il aura connu des déboires dans l'exécution d'un précédent marché, pourra s'appuyer sur trois fondements juridiques pour l'écarter.

LE CODE DES MARCHÉS PUBLICS

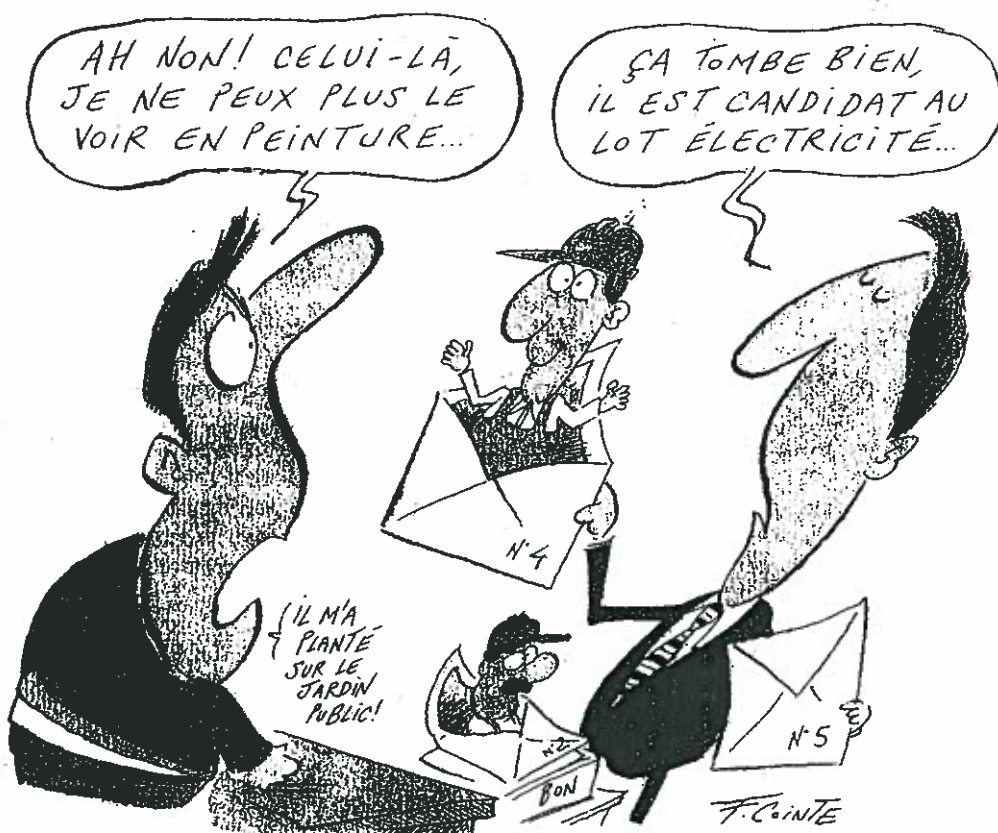
Le CMP soumet la sélection des candidatures à une double étape, et c'est au titre de la seconde qu'une éviction pourra être prononcée pour un tel motif (2) :

• La première étape consiste à éliminer les candidats dont le dossier n'est pas complet au regard des articles 44 et 45 du CMP ou qui ne peuvent pas soumissionner (article 43), notamment en cas d'irrégularité du candidat quant à ses obligations fiscales et sociales. En d'autres termes, il s'agit là d'un contrôle formel des candidatures incompatible avec un jugement plus subjectif portant sur la valeur d'une entreprise au regard de fautes passées.

• La seconde étape porte sur l'examen des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats qui n'ont pas été éliminés (3). A ce titre, « le pouvoir adjudicateur doit être à même de vérifier la capacité de l'entreprise face aux obligations nées de l'exécution du marché si elle devait l'obtenir » (4). Cette phase semble plus appropriée que la précédente pour rejeter la candidature d'une entreprise inapte. On comprend qu'un pouvoir adjudicateur soit réticent à sélectionner la candidature d'une entreprise avec laquelle il aura connu précédemment de déboires, ces derniers permettant légitimement de douter de l'aptitude de l'entreprise à exécuter un autre marché.

L'ESSENTIEL

- ▶ Avant toute décision de rejeter une entreprise pour des manquements passés, le pouvoir adjudicateur devra d'abord apprécier l'ensemble des références de l'entreprise candidate.
- ▶ Ensuite, seulement, il pourra mettre en balance le dossier de candidature avec les erreurs ou les difficultés antérieures.
- ▶ Exception faite de quelques arrêts, la jurisprudence n'est guère explicite sur les manquements qui justifient la décision d'éviction.



LE DROIT COMMUNAUTAIRE

Le droit communautaire est plus explicite. L'article 45-2 de la directive 2004/18/CE dispose clairement que « peut être exclu de la participation au marché, tout opérateur économique: d) qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier » (5).

LA JURISPRUDENCE

Le Conseil d'Etat a considéré qu'un maître d'ouvrage pouvait écarter la candidature d'une entreprise « en raison de difficultés qui avaient affecté la réalisation de travaux antérieurs » qui lui avaient été confiés (6). Les bases juridiques du droit à l'éviction sont donc certaines. Cependant, il en ressort que cette décision ne peut être prise qu'au stade de la candidature et non de l'offre.

Le moment précis de la décision d'éviction

S'il est clairement établi que la décision d'éviction pour manquement relève de la phase de la candidature, des divergences existent

sur le moment précis où une telle décision pourra être prise.

LA PHASE DE LA CANDIDATURE

Le CMP, conforté par la jurisprudence (7), prévoit que la sélection des offres ne peut se faire que sur la base de critères non discriminatoires, mais surtout liés à l'objet du marché (8). En outre, la jurisprudence sanctionne le fait d'utiliser les références des entreprises comme critère de sélection des offres (9).

Le pouvoir d'évincer une entreprise pour des incompétences passées relève par conséquent de la candidature. Pour autant, le pouvoir adjudicateur ne peut d'emblée, c'est-à-dire sans même ouvrir l'enveloppe contenant les pièces relatives à la candidature, rejeter une entreprise avec laquelle il aurait connu des difficultés lors d'un précédent contrat. En effet, la cour administrative d'appel de Nancy a considéré qu'en éliminant une société « sans ouvrir la première enveloppe que comportait l'offre présentée par celle-ci, en raison de difficultés qu'elle avait rencontrées dans l'exécution d'un précédent marché ayant le

même objet, la commission d'appel d'offres a méconnu les dispositions précitées des articles 296 ter et 297 [relatifs à la candidature] du Code des marchés publics » (10).

LES ÉTAPES DE LA SÉLECTION

La phase de sélection des candidatures se décompose en deux étapes (11). La première porte sur l'appréciation formelle de la candidature au regard d'un certain nombre d'informations et d'attestations que doivent remettre les soumissionnaires (12). La seconde porte sur le contrôle de leurs références, afin d'apprécier leur capacité professionnelle, technique et financière (13).

La directive communautaire « Secteur classique » situe ce motif d'exclusion parmi ceux portant sur la situation personnelle du candidat, et non, comme le fait le CMP, comme un critère relatif aux capacités financières, techniques et professionnelles.

Autrement dit, à la lecture du texte communautaire, le pouvoir adjudicateur pourrait écarter une entreprise pour un motif d'incompétence dès la première étape de la sélection des candidatures. A

l'inverse, l'arrêt précité de la CAA de Paris du 2 octobre 2007 est conforme au CMP en rappelant tout d'abord que « lors de l'examen des candidatures, la commission d'appel d'offres vérifie, d'une part, que toutes les pièces exigées par le Code des marchés publics et l'avis d'appel d'offres ont été produites par chaque entreprise candidate; d'autre part, que chacune de ces entreprises présente toutes les garanties techniques et financières suffisantes pour exécuter le marché en cause »; puis en jugeant dès lors que « pour évaluer ces garanties, la commission d'appel d'offres ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permettent à celle-ci de justifier de telles garanties ».

Gageons que cette divergence entre le droit français et le droit communautaire pourra encore faire l'objet de débats jurisprudentiels. En tout état de cause, la jurisprudence assure aux soumissionnaires un réel droit à une seconde chance dans l'hypothèse où ils auraient connu des difficultés dans l'exécution de précédents marchés.

Le droit à la seconde chance

Le droit à la seconde chance est garanti par deux obligations faites au pouvoir adjudicateur: d'une part, de justifier la décision d'éviction; d'autre part, d'analyser toutes les références de l'entreprise.

Justifier la décision d'éviction

Le droit public pose comme principe que toute décision individuelle défavorable doit être motivée (14). Celui-ci s'applique également aux marchés publics (15). A fortiori, une décision d'éviction prononcée pour des manquements passés doit être motivée. Se pose cependant la question de savoir si le pouvoir adjudicateur peut s'appuyer (•••)



(●●●) pour prendre une telle décision sur des constats opérés par d'autres maîtres d'ouvrage.

DES PREUVES TANGIBLES

L'article 80 du CMP dispose expressément que «pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres en indiquant les motifs de ce rejet». Le candidat évincé pour des manquements passés devra donc, d'une part, en être informé dès le rejet de sa candidature et, d'autre part, connaître les motifs de cette décision. A cet égard, le pouvoir adjudicateur ne pourra s'appuyer sur des simples faits rapportés par ses services. Des preuves tangibles s'imposeront. Et en la matière, seuls des écrits, a fortiori répétés, pourront légitimement fonder une telle décision. Il reste à savoir si ces preuves pourront émaner d'autres maîtres d'ouvrage. Cette question n'est pas clairement tranchée par la jurisprudence.

MANQUEMENTS ALLÉGUÉS

Dans un arrêt de 2004, concernant certes une délégation de service public, mais dont le raisonnement peut être transposé sans aucun doute aux marchés publics, le Conseil d'Etat a considéré qu'une collectivité ne peut se fonder uniquement sur des appréciations négatives, portées par une autre société candidate, sur la manière dont l'un des candidats se serait acquitté de ses obligations dans l'exécution d'un précédent contrat dont il était titulaire (16). En l'espèce, le constat était apporté par un concurrent et non par un autre maître d'ouvrage. On comprend aisément que la démarche puisse paraître suspecte.

Cependant, dans ce même arrêt, la haute juridiction a, par la suite, estimé que l'illégalité résultait du fait de se fonder sur les seuls manquements allégués, sans rechercher si d'autres éléments de la candidature permettaient à l'entreprise mise en cause de justifier de ses références. Autrement dit, l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat s'appuie davantage sur l'ab-

sence d'appréciation globale des références que sur le fait que des manquements auraient été apportés par un des autres concurrents.

CONSTAT D'UN AUTRE POUVOIR ADJUDICATEUR

Pour certains auteurs, une décision d'éviction pourrait néanmoins s'appuyer sur des déficiences constatées par d'autres pouvoirs adjudicateurs (17). En effet, un pouvoir adjudicateur ne peut se fonder, pour apprécier la capacité professionnelle des soumissionnaires à un marché public, sur les seules références qu'ils auraient obtenu avec lui-même. Sur ce point, le CMP est d'ailleurs très souple puisqu'il prévoit que «l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats» (18).

Dans la mesure où l'appréciation des références des entreprises est globale, il n'y a alors pas d'obstacle à ce qu'un acheteur décide du rejet d'une candidature pour des manquements constatés auprès d'un autre pouvoir adjudicateur.

Analyser globalement les références

Pour décider de rejeter une entreprise pour des manquements passés, le pouvoir adjudicateur devra préalablement apprécier l'ensemble des références de l'entreprise. Ce n'est qu'ensuite qu'il pourra mettre en balance le dossier de candidature avec les manquements précédents. Se pose alors la question de la nature des manquements qui primeront sur les éléments contenus dans la candidature.

CAPACITÉS DE L'ENTREPRISE

Un pouvoir adjudicateur ne peut écarter une entreprise pour des erreurs passées sans rechercher si d'autres éléments de son dossier de candidature lui permettent de justifier de références suffisantes (19). La jurisprudence contraint donc le pouvoir adjudicateur à une véritable analyse des capacités de l'entreprise, avant de pouvoir ensuite les confronter

aux reproches formulés à l'encontre d'un candidat. Les pouvoirs adjudicateurs seront alors confrontés à une difficile équation entre, d'une part, une appréciation des garanties qui pourraient être jugées suffisantes, et d'autre part, des manquements passés. Difficulté renforcée par le fait que le CMP 2006 rend encore plus exigeante l'élimination des candidats pour défaut de capacité.

UNE DIFFICILE ÉQUATION

Seules les candidatures qui ne satisfont pas à des niveaux de capacité peuvent être éliminées (20). Donc, encore faut-il que ces niveaux de capacités aient été préalablement définis par le pouvoir adjudicateur, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation, le juge contrôlant en outre que ce niveau de capacité ne soit rendu nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser (21). Par ailleurs, «l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats» (22). Quels seront, dès lors, les manquements qui emporteront la décision d'éviction? Malheureusement, la jurisprudence, exception faite de quelques arrêts, est assez peu explicite sur ce point.

ABSENCE DE FATALITÉ

Pour sa part, la CAA de Paris, dans l'arrêt précité du 2 octobre 2007, a estimé que la seule existence de litiges opposant le candidat à un maître d'œuvre dans des opérations similaires est insuffisante à justifier la décision d'éviction. *A contrario*, il semble que des difficultés dans l'exécution d'un précédent marché de travaux (autrement dit en cas de non respect

du cahier des charges), suffisent à justifier le rejet d'une candidature, quand bien même lesdits marchés ont donné lieu à une réception sans réserve (23).

En définitive, si les décisions de rejet pour manquements sont rarement «validées» par le juge, c'est qu'il considère *in fine* qu'il n'y a pas de fatalité dans la vie de l'entreprise. Celle-ci pourra toujours justifier de changements internes, de nouvelles méthodes, etc., pour justifier de sa capacité à exécuter le marché objet de la consultation. C'est finalement l'une des facettes du principe de liberté d'accès à la commande publique qui est ainsi garanti (24).

(1) CAA Paris, 2 octobre 2007, «Société GAR», n°06PA02495.

(2) Rép. min., Q. n°25206 de Bernard Piras, «JO» Sénat 4 janvier 2007, p.28.

(3) Article 52-I al. 3, du CMP.

(4) Circulaire NOR-ECOM0620004C du 3 août 2006 portant Manuel d'application du CMP - point 10.2.1. L'entreprise a-t-elle les capacités nécessaires à l'exécution du marché?

(5) Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

(6) CE, 27 février 1987, «Hôpital départemental Esquirol», n°61402.

(7) CE, 6 avril 2007, «Département de l'Isère», n°298584; CE, 28 avril 2006, «Commune de Toulouse», n°280197.

(8) Article 53-I du CMP.

(9) Pour un jugement récent, TA Toulouse, 18 juillet 2007, n°0604186.

(10) CAA Nancy, 12 mai 2005, «Département de la Moselle», n°01NC00913.

(11) Rép. min., Q. n°25206 de M. Bernard Piras, «JO» Sénat du 4 janvier 2007, p.28.

(12) Article 52-I al. 2, du CMP.

(13) Article 52-I al. 3, du CMP.

(14) Loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

(15) Article 80-I-1° du CMP.

(16) CE, 6 octobre 2004, «Société la Communication hospitalière», n°263083.

(17) E. Lanzarone et P. Cossalter, «Comment évincer une entreprise incompétente», CP-ACCP n°50 - décembre 2005, p.76.

(18) Article 52-I al. 4, du CMP.

(19) CE, 6 octobre 2004, «Société la Communication hospitalière», n°263083.

(20) Article 52-I al. 3, du CMP.

(21) CE, 17 novembre 2006, «ANPE», n°290712.

(22) Article 52-I al. 4 du CMP.

(23) CE, 27 février 1987, «Hôpital départemental Esquirol», req. n°61402.

(24) E. Lanzarone et P. Cossalter, précité.

EN SAVOIR PLUS

- **Textes officiels**: art. 45-2 de la directive 2004/18/CE; art. 43, 44, 45 et 80 du Code des marchés publics.
- **Article publié dans la revue «Contrats publics»**: «L'objectif d'égal accès à la commande publique est-il assuré?», septembre 2007, p.51.
- **Ouvrage publié aux Editions du Moniteur**: «La passation des marchés publics» par Catherine Ribot, éd. 2007.