

# Contentieux relatif aux candidatures

Différentes juridictions administratives ont rappelé certaines règles applicables concernant les candidatures lors du dépôt des dossiers (production de justificatifs, exclusions, activités réglementées...) ou au moment de l'attribution du contrat (reprise de la procédure de passation...).

## Auteur

**Guillaume Gauch**

Avocat associé

**Romain Millard**

Avocat, SCP SEBAN & ASSOCIES.

## Références

CAA Bordeaux 21 février 2019, Société Nouvelle Paybou, req. n° 17BX00469

CAA Nantes, 15 février 2019, Communauté de communes Loué-Brûlon-Noyen, req. n° 18NT0206

CE, 25 janvier 2019, Société Dauphin Télécom, req. n° 421844

CE 11 juillet 2018, Communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre, req. n° 418021

CAA Bordeaux, 12 juin 2018, Société Convergences Public-Privé, req. n° 16BX00656

CE 4 avril 2018, Société Altraconsulting, req. n° 415946

## Mots clés

Candidature irrecevable • Concurrence • Conflit d'intérêts  
• Exclusion • Justificatifs

L'actualité juridique relative aux candidatures à l'attribution de marchés publics a été marquée, en premier lieu, par l'entrée en vigueur du Code de la commande publique (CCP) au 1<sup>er</sup> avril 2019.

Bien que cette codification ait été réalisée à droit « quasi-constant », il convient de souligner que les dispositions relatives aux candidatures, placées au sein du titre IV de la deuxième partie du Livre Ier du CCP, ont quelque peu évolué par rapport à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 (ci-après « l'Ordonnance ») et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 (ci-après « le Décret »). Elles ont tout d'abord vu leur présentation être réorganisée selon un plan plus chronologique (motifs d'exclusion de la procédure de passation, conditions de participation, contenu des candidatures, examen des candidatures) et déclinée en articles plus courts et plus nombreux.

Quelques changements terminologiques sont également à signaler : ainsi, les « interdictions de soumissionner » « obligatoires » et « facultatives » sont respectivement remplacées par « les motifs d'exclusions » « de plein droit » et « à l'appréciation de l'acheteur ».

Par ailleurs, certaines dispositions voient leur rédaction clarifiée. Par exemple, l'acheteur qui envisage d'exclure un opérateur économique en raison d'un comportement passé répréhensible ne doit plus le mettre à même d'établir, dans un délai raisonnable et par tout

moyen, « que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause »<sup>[1]</sup> mais simplement de le mettre à même d'établir « 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<sup>[2]</sup>. Cette rédaction plus précise impose désormais au candidat en cause d'apporter des preuves qu'il a corrigé spécifiquement les manquements qu'il a précédemment commis, la preuve générale de son professionnalisme et de sa fiabilité n'étant plus suffisante.

Par ailleurs, l'acheteur a désormais la faculté de régulariser une candidature qui lui aurait été présentée en méconnaissance de l'obligation de dématérialisation, faculté qui n'existait auparavant que pour les offres<sup>[3]</sup>.

Après avoir évoqué les évolutions législatives et réglementaires intervenues à l'occasion de la codification, il convient d'analyser l'actualité jurisprudentielle relative aux candidatures, d'une part, au stade du dépôt des dossiers et, d'autre part, au stade de l'attribution du contrat.

## Les candidatures au stade du dépôt des dossiers

### Production des justificatifs au stade du dépôt des dossiers de candidature : distinction entre procédure ouverte et procédure restreinte

Dans tous les types de procédure, les candidats à un marché public doivent déclarer sur l'honneur qu'ils ne sont pas dans une situation d'interdiction de soumissionner à l'attribution d'un marché public<sup>[4]</sup>.

En revanche, la production des documents justificatifs ne peut être exigée par l'acheteur dès le stade du dépôt des dossiers de candidature que dans une procédure restreinte, c'est-à-dire une procédure dans laquelle l'acheteur a prévu de limiter le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure et qu'il doit donc opérer une sélection sur la base des seuls dossiers de candidature.

Dans une procédure ouverte, ces preuves doivent être apportées uniquement par le candidat auquel le pouvoir adjudicateur envisage d'attribuer le marché.

C'est ce principe qu'a rappelé récemment le Conseil d'État dans sa décision *Société Dauphin Télécom* en date du 25 janvier 2019<sup>[5]</sup>. Dans cette affaire, un candidat évincé reprochait à la collectivité d'outre-mer de Saint-Barthélemy de ne pas avoir écarté la candidature de la société attributaire alors que son dossier de candidature ne comprenait pas copie des jugements relatifs à

la procédure de redressement judiciaire dont elle avait fait l'objet et au plan de redressement qu'elle devait respecter. En première instance, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Pointe-à-Pitre avait repris à son compte le raisonnement de la société requérante et annulé la procédure. Mais, le Conseil d'État, saisi d'un pourvoi par la société attributaire, a annulé cette ordonnance, rappelant que dès lors que la collectivité de Saint-Barthélemy n'avait pas décidé de limiter le nombre des candidats admis à négocier, le dossier de candidature de la société attributaire ne pouvait être considéré comme incomplet au seul motif qu'il ne contenait pas les jugements précités. La collectivité n'avait donc pas entaché la procédure d'irrégularité en se bornant à exiger que la société produise les jugements en cause après que son offre avait été retenue.

Notons que, s'agissant plus particulièrement des marchés des collectivités territoriales passés en procédure ouverte, la réponse ministérielle n° 2679 du 27 février 2018<sup>[6]</sup> rappelle que la vérification des justificatifs doit être effectuée postérieurement à la saisine de la Commission d'appel d'offres (CAO), dans la mesure où celle-ci est seule compétente pour désigner l'attributaire du contrat. Cette réponse ministérielle recommande également que la CAO adopte un classement de l'ensemble des offres analysées, régulières, acceptables et appropriées, et de désigner l'attributaire « sous réserve » qu'il ne fasse l'objet d'aucune interdiction de soumissionner, afin d'éviter de convoquer à nouveau une CAO lorsque l'attributaire désigné par la CAO se trouve être, après vérification, dans un cas d'interdiction de soumissionner.

### Candidature susceptible de créer une distorsion de concurrence

Pour rappel, un acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui, 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<sup>[7]</sup>.

La jurisprudence récente du Conseil d'État fournit, à travers la décision *SIOM de la vallée de Chevreuse* du 12 septembre 2018<sup>[8]</sup>, une illustration intéressante d'une situation dans laquelle l'acheteur n'avait pas à exclure un candidat de la procédure de passation au motif qu'il aurait disposé d'informations de nature à créer une distorsion de concurrence. En l'espèce, le SIOM de la vallée de Chevreuse s'était attaché les services d'un groupement d'assistance à maîtrise d'ouvrage (ci-après « AMO ») pour l'aider à passer son marché de collecte des ordures

[1] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 48-II.

[2] CCP, art. L. 2141-11.

[3] CCP, art. R. 2144-2.

[4] CCP, art. R. 2143-3 ; D. n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 48.

[5] CE 25 janvier 2019, Société Dauphin Télécom, req. n° 421844.

[6] Rep. min. n° 2679, JOAN 27 février 2018, p. 1674.

[7] CCP, art. L. 2141-8-2° ; Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 48-3°.

[8] CE 12 septembre 2018, SIOM de la vallée de Chevreuse, req. n° 420454.

ménagères. Le chef de projet désigné par le mandataire du groupement AMO avait quitté ses fonctions et avait été recruté six mois plus tard par la société Sepur, désignée par la suite comme attributaire du marché de collecte des déchets, ce recrutement étant intervenu un mois avant la date limite de dépôt des offres. Le Conseil d'État a relevé que ce salarié n'avait pas participé à la rédaction du dossier de consultation des entreprises, que sa mission était cantonnée à la collecte des informations préalables à l'élaboration de ce dossier et qu'il n'avait rejoint la société Sepur que six mois après avoir quitté ses anciennes fonctions. Et, au cours de la collecte des informations préalables, le salarié en question s'était vu refuser l'accès à des données spécifiques au précédent marché par le titulaire de l'époque. Au vu de ces circonstances, la Haute juridiction a jugé que les informations détenues par ce salarié n'étaient pas de nature à avantager la société Sepur par rapport aux autres candidats à l'attribution du marché litigieux et que le SIOM n'était donc pas dans l'obligation de prendre des mesures pour éviter une distorsion de la concurrence.

Notons que le Conseil d'État rappelle, à l'occasion de cette décision, que la circonstance qu'un candidat détienne des informations susceptibles de créer une distorsion de la concurrence n'est pas, en elle-même, susceptible d'affecter l'impartialité de l'acheteur public.

### Candidature susceptible de faire naître un doute légitime sur l'impartialité de la procédure

Pour rappel, l'acheteur peut exclure de la procédure de passation du marché les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts<sup>[9]</sup>.

L'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux en date du 12 juin 2018 fournit une illustration de situation dans laquelle un opérateur économique aurait dû être exclu de la procédure en raison du doute que sa candidature faisait naître sur l'impartialité de la procédure de passation<sup>[10]</sup>. En l'espèce, le marché litigieux avait été attribué par la communauté de communes de Val'Aigo à Monsieur F. Or, cette personne était conseiller municipal d'une commune membre de Val'Aigo, participait ès-qualités aux commissions chargées des « finances », des « appels d'offres et marchés publics » et des « lotissements finances », lesquelles intervenaient par conséquent sur des questions qui n'étaient pas étrangères aux actions qui lui étaient confiées par le marché litigieux. Monsieur F. était également délégué suppléant de sa commune au Conseil communautaire de Val'Aigo et siégeait comme membre titulaire de la commission de développement économique, dont le champ d'intervention ne pouvait, lui non plus, être regardé comme étranger aux actions confiées par le marché litigieux.

Par ailleurs, l'analyse technique des offres et en particulier de celle de Monsieur F avait été réalisée par le président de Val'Aigo, également Maire dont Monsieur F. était l'adjoint. Dans ces circonstances, le juge a considéré que l'attribution du marché à Monsieur F. révélait un manquement de la part du pouvoir adjudicateur au principe d'impartialité constitutif d'une méconnaissance aux principes de publicité et de mise en concurrence.

### Vérification que le candidat remplit les conditions nécessaires pour exercer des prestations objet du marché relevant de professions réglementées

Il appartient également à l'acheteur, dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public portant en totalité ou en partie sur des activités dont l'exercice est réglementé, de s'assurer que les soumissionnaires remplissent les conditions requises pour les exercer. Et, dans le cas de groupements, l'acheteur doit vérifier que la répartition des tâches au sein des membres du groupement ne conduira pas à ce que des prestations soient exécutées par un opérateur ne remplissant pas les conditions requises.

C'est l'application de cette obligation qu'illustre l'arrêt de la cour administrative d'appel, en date du 15 février 2019<sup>[11]</sup>. En l'espèce, une communauté de commune avait attribué un marché portant essentiellement sur des prestations d'assistance juridique et de rédaction de documents contractuels à une société qui s'était pourtant engagée à accompagner seule la collectivité alors qu'elle ne possédait pas les qualifications requises pour effectuer des prestations juridiques entrant dans le champ d'application de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971. Même si cette société avait, à la suite de l'attribution, signé l'acte d'engagement en présentant un cabinet d'avocats comme co-traitant, il ne ressortait pas de la répartition des tâches entre ces deux opérateurs que les prestations juridiques auraient été exécutées uniquement par le cabinet d'avocat. C'est pourquoi la Cour a confirmé l'annulation du marché prononcée en première instance.

Notons que le contrôle de la répartition des tâches entre les membres d'un groupement incombe non seulement au juge du fond, comme on vient de le voir, mais également au juge des référés, ce qu'illustre la décision *Société Altraconsulting* du Conseil d'Etat en date du 4 avril 2018<sup>[12]</sup>. En première instance, le juge des référés du tribunal administratif de Nîmes avait rejeté le recours formé par un candidat évincé contre la procédure de passation lancée par l'OPH de Vaucluse « Mistral Habitat » en vue de l'attribution d'un marché public de services qui impliquait, pour partie, la réalisation de consultations juridiques et la rédaction d'actes sous

[9] CCP, art. L. 2141-10 ; Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 48-5°.

[10] CAA Bordeaux 12 juin 2018, Société Convergences Public-Privé, req. n° 16BX00656.

[11] CAA Nantes 15 février 2019, Communauté de communes Loué-Brûlon-Noyen, req. n° 18NT02067.

[12] CE 4 avril 2018, Société Altraconsulting, req. n° 415946.

seing privé. Le juge des référés avait en effet considéré que le groupement conjoint attributaire avait été désigné de manière régulière, dans la mesure où ce groupement comprenait, en tant que co-traitant, un professionnel du droit. En cassation, le Conseil d'État a considéré que le juge des référés avait entaché son ordonnance d'une erreur de droit en ne vérifiant pas que la répartition des tâches entre les membres du groupement n'impliquerait pas nécessairement la réalisation de prestations juridiques par des membres ne possédant pas la qualité de professionnel du droit.

### Contrôle de l'identité de moyens existant entre plusieurs candidats

Lorsqu'il limite le nombre de lots pouvant être attribué à un même candidat, l'acheteur doit tenir compte de l'identité de moyens pouvant exister entre plusieurs candidats et les considérer, le cas échéant, comme un seul et même candidat.

À titre d'illustration, le Conseil d'État a, dans sa décision *Communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre* du 11 juillet 2018<sup>(13)</sup>, jugé que deux sociétés candidates auraient dû être considérées par l'acheteur comme un seul et même candidat, dès lors que l'une des deux sociétés était gérée par le fils de la gérante de l'autre société et ne disposait, pour l'exécution du contrat, que des moyens mis à disposition par cette dernière. Par conséquent, le pouvoir adjudicateur, qui avait limité à cinq le nombre de lots pouvant être attribué à un même candidat, ne pouvait attribuer à ces deux sociétés un total de six lots sans méconnaître les obligations de mise en concurrence qu'il avait lui-même fixées dans son règlement de la consultation.

## La candidature de l'attributaire pressenti

### Conséquences d'un défaut de transmission par l'attributaire pressenti de ses justificatifs

Si l'acheteur ne peut, on l'a vu, exiger dès le stade du dépôt des candidatures la communication des preuves que le candidat ne se trouve pas dans un des cas d'exclu-

sion (sauf en procédure restreinte), il est en revanche tenu d'en obtenir la transmission de la part du candidat auquel il envisage d'attribuer le marché, sauf à exposer l'ensemble de la procédure de passation à un risque d'annulation.

En application de ce principe, le tribunal administratif de la Guadeloupe a, par un jugement en date du 5 avril 2019<sup>(14)</sup>, annulé la procédure de passation d'un marché public de travaux passé par le syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe (Syvade) au seul motif que l'attributaire pressenti n'avait pas produit les documents attestant du respect de ses obligations fiscales et sociales, ce que le Syvade ne lui avait d'ailleurs pas demandé.

### Conséquences de l'irrecevabilité de la candidature de l'attributaire pressenti

Dans le cas où l'attributaire pressenti se révèle, au terme de la procédure de passation, être frappé d'un des motifs d'exclusions, l'acheteur est tenu de l'éliminer.

Et, si le marché n'a pas encore été signé et que les candidatures sont toujours en cours de validité, l'acheteur peut, après avoir exclu la candidature irrecevable, reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des offres.

C'est ce qu'illustre l'arrêt *Société Nouvelle Paybou* de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 21 février 2019<sup>(15)</sup> : une semaine après l'envoi aux candidats évincés des courriers les informant du rejet de leur offre et de l'attribution du marché au groupement d'entreprises Miroiterie Landaise et Juge Boulogne, le tribunal de commerce de Mont-de-Marsan avait placé les sociétés membres dudit groupement en redressement judiciaire et fixé une période d'observation d'une durée inférieure à la durée prévisible d'exécution du marché, faisant dès lors entrer cette candidature dans un cas d'interdiction de soumissionner. Dans ces conditions, le département des Pyrénées-Atlantiques ne pouvait poursuivre la procédure avec ledit groupement dont l'offre avait été choisie. Mais, comme le marché n'était pas encore signé et que les candidatures étaient toujours valables, la collectivité a pu reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des offres, après avoir écarté la candidature irrecevable de l'attributaire pressenti.

[13] CE 11 juillet 2018, Communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre, req. n° 418021.

[14] TA Guadeloupe, 5 avril 2019, Société BMJ, req. n° 1900263.

[15] CAA Bordeaux 21 février 2019, Société Nouvelle Paybou, req. n° 17BX00469.