

Exclusion de la procédure de passation et modalités de vérification des motifs d'exclusions

Il existe certains cas et certaines situations dans lesquels les opérateurs économiques peuvent voir leur liberté d'accès à une procédure d'attribution d'un marché public restreinte, restriction qui peut s'avérer dissuasive pour les personnes concernées mais nécessaire pour garantir l'effectivité de la mise en concurrence, d'une part, et la protection des deniers publics, d'autre part. Le Code de la commande publique codifie l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, en apportant quelques précisions bienvenues⁽¹⁾

Auteur

Philippe Guellier

Avocat au barreau de Lyon,

Akif Ekinci

Avocat au barreau de Lyon
SCP Seban & Associés

Mots clés

Condamnation pénale • Conflits d'intérêts • Défaillance du candidat • Entente • Travail dissimulé

Inscrit sur le « fronton » du Code de la commande publique⁽²⁾, le principe de la liberté d'accès suppose la jouissance, pour tout opérateur économique, de la faculté de se porter candidat à l'attribution d'un contrat de la commande publique, dont les marchés publics.

Néanmoins, cette liberté se trouve encadrée par les textes, notamment européens⁽³⁾, et la jurisprudence qui prévoient des motifs d'exclusions des opérateurs économiques dans certains cas ou situations.

Au sein du Code de la commande Publique (ci-après le « CCP »), entré en vigueur le 1^{er} avril 2019, les dispositions des articles L. 2141-1 et suivants du CCP distinguent deux catégories de motifs d'exclusion d'une procédure de passation, l'une se rapportant aux exclusions dites « de plein droit » et l'autre relative « aux exclusions à l'appréciation de l'acheteur ». Cette nouvelle terminologie s'est substituée à celle qui existait sous

(1) Ne sera pas abordé dans le cadre du présent article le cas particulier des marchés publics ayant pour objet la défense et la sécurité.

(2) CCP, art. L. 3.

(3) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

l'égide de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics, lesquels distinguaient les interdictions de soumissionner obligatoires et facultatives.

Sur le fond, la substance reste la même par l'effet de codification à droit constant. Il paraît néanmoins intéressant de s'interroger sur l'intérêt de limiter la participation de certains candidats, dès lors que les dernières règles en matière de commande publique visent à stimuler l'accès des opérateurs économiques aux contrats de la commande publique, dans le respect de la libre concurrence au sein du marché intérieur de l'Union européenne.

Dans ses conclusions remarquables sur une récente affaire soumise au Conseil d'État, le rapporteur public, M. Pélissier, rappelle à juste titre que les différents motifs d'exclusion poursuivent au fond un double objectif, d'une part, assurer une « moralisation de la commande publique, à laquelle ne peuvent accéder des opérateurs économiques reconnus coupables d'infractions pénales, fiscales ou sociales », et d'autre part, « garantir la bonne exécution du marché et la conformité de la procédure aux principes d'égalité et de mise en concurrence »^[4].

Ainsi, il paraît intéressant de se pencher d'abord sur les motifs pouvant conduire à l'exclusion d'un opérateur économique d'une procédure de passation d'un marché public avant de déterminer les modalités de contrôle des cas d'exclusions par l'acheteur public.

Les motifs d'exclusions d'une procédure de passation

À titre liminaire, on rappellera que les exclusions prévues au CPP concernent des « personnes », c'est-à-dire à la fois aux personnes morales et physiques, voire, pour certains cas, les personnes physiques qui participent à la direction d'une personne morale candidate à un marché public.

Les motifs d'exclusion de plein droit d'un candidat

● La condamnation pénale définitive d'un candidat

Le premier des motifs d'exclusions de plein droit d'un opérateur économique concerne la condamnation pénale d'une personne candidate pour l'une des infractions visées par l'article L. 2141-1 du CCP. Et le juge administratif a rappelé que l'acheteur peut uniquement prendre en compte les infractions prévues par le législateur, écartant un motif d'exclusion tiré de la condamnation du

gérant d'une société candidate pour des faits constitutifs de banqueroute^[5].

Pour rappel, ce motif d'exclusion préexistait au CCP puisqu'il est repris de l'article 43 de l'ancien Code des marchés publics. En 2016, la rédaction adoptée par l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 avait largement étendu le champ des personnes qui doivent être contrôlés par l'acheteur, incluant notamment l'ensemble des personnes jouissant d'un pouvoir sur la société^[6].

L'article L. 2141-1 du CCP a maintenu le champ de personnes dont le « passé pénal » devra être passé au crible par l'acheteur public, comprenant tant bien les membres siégeant dans les instances « de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance » mais aussi toute personne physique détenant « un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale ».

On soulignera toutefois, que sur le plan temporel, cette cause d'exclusion n'est applicable que pour les condamnations ayant eu lieu au cours des cinq dernières années, sauf si la décision de condamnation en prévoit autrement.

● L'irrégularité de la situation fiscale ou sociale du candidat

Aux termes des dispositions de l'article L. 2141-2 du CCP, le candidat devra justifier par tous moyens être à jour de ses obligations déclaratives ou financières auprès des administrations fiscales ou sociales, le cas échéant le candidat devra démontrer qu'une mesure de régularisation a été entérinée avant toute décision relative à la recevabilité de la candidature.

● L'existence d'une procédure collective

Autre circonstance qui doit être pris en compte par l'acheteur, l'acheteur devra vérifier si la personne candidate fait l'objet ou non d'une procédure collective. En effet, l'article L. 2141-3 du CCP exclut de plein droit les sociétés placées sous le joug d'une procédure de liquidation judiciaire, d'une mesure de faillite personnelle ou encore admises à une procédure de redressement judiciaire et ne justifiant pas d'une habilitation à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché.

Ce dernier motif d'exclusion mérite l'attention, le Conseil d'État ayant eu l'occasion de préciser récemment, à propos d'une entreprise placée en redressement judiciaire, que le fait que la durée d'exécution du marché auquel elle se portait candidate excède la durée d'apurement du passif restant à courir était sans incidence dès lors que

[5] CE 31 octobre 2017, Métropole Aix-Marseille-Provence, req. n° 410496.

[6] J. Brulas, « L'interdiction de soumissionner liée à une condamnation pénale : un contrôle renforcé », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 187, mai 2018.

[4] Concl. de M. Gilles Pellissier sous l'arrêt CE 24 juin 2019, Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 428866.

le plan de redressement ne limitait pas dans le temps la poursuite de l'activité de l'entreprise⁽⁷⁾.

● Méconnaissance des dispositions du Code du travail

L'article L. 2141-4 du CCP prévoit l'exclusion d'un candidat qui a été sanctionné après avoir commis des faits réprimés par le Code du travail, tel que le recours au travail dissimulé, au marchandage, ou à la main d'œuvre de salariés étrangers ne disposant pas d'une autorisation de travail délivrée par la DIRECCTE.

Outre ces motifs d'incrimination, l'article précité retient l'exclusion d'une société candidate lorsque celle-ci a soit méconnu directement les dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, soit n'a pas engagée une négociation avec les instances syndicales sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes conformément à l'obligation posée par l'article L. 2242-1 du Code du travail.

Toujours en lien avec le manquement aux dispositions du Code du travail, l'article L. 2141-5 du CCP prévoit que les candidats qui sont frappés d'une éventuelle mesure d'exclusion des contrats administratifs prise par le préfet à la suite d'une condamnation pour travail illégal, au sens de l'article L. 8211-1 du Code du travail, sont également exclus de plein droit. En revanche, le second alinéa de l'article L. 2141-5 du CCP pose une dérogation en considérant que si la condamnation du candidat n'a pas été assortie d'une interdiction de soumissionner au marché public inscrite sur le casier judiciaire et que le candidat s'est montré coopératif, diligent et de bonne foi avec les autorités de poursuite, l'acheteur ne pourra exclure le candidat sur ce fondement juridique.

Les motifs d'exclusions relevant de la discrétion de l'acheteur

Instituées par l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les anciennes hypothèses d'« interdictions de soumissionner facultatives » ont changé d'appellation au sein du Code de la commande publique, lequel traite désormais des cas d'exclusions relevant de « l'appréciation de l'acheteur ».

Ce changement n'est pas anodin dès lors que la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 emprunte elle-même la notion de « motifs facultatifs d'exclusion⁽⁸⁾ ». L'emploi du qualificatif « facultatif » par les précédents textes a conduit la Direction des affaires juridiques (DAJ) du MINEFI à préciser qu'il « ne signifie pas que l'acheteur a ou non le choix de prévoir ces interdictions de soumissionner. Il signifie seulement qu'un opérateur économique

qui serait dans un tel cas d'interdiction de soumissionner n'est pas automatiquement exclu de la procédure »⁽⁹⁾.

Ainsi, pour éradiquer le doute, le législateur a fait le choix d'un toilettage sémantique et a privilégié la formule des cas d'exclusion relevant de « l'appréciation de l'acheteur », dont le sens semble plus en adéquation avec l'article 57 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014.

Sur le fond, le CPP a préservé les cinq hypothèses d'exclusions déjà prévues par l'article 48 précité de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

La défaillance patente du candidat dans le cadre de marchés antérieurs

Alors que plusieurs types de difficultés contractuelles peuvent survenir lors de l'exécution d'un marché public, les manquements professionnels commis par le candidat lors d'un précédent marché dont il était titulaire peut lui être reproché dans le cadre d'une candidature ultérieure auprès du même acheteur, et entraîner son exclusion d'une procédure⁽¹⁰⁾. Bien entendu, ce motif d'exclusion ne vise pas à restreindre discrétionnairement la liberté d'accès des opérateurs économiques mais tend plutôt à « responsabiliser les opérateurs économiques concernés afin de veiller, en leur qualité de titulaire, à une exécution efficiente et responsable du contrat »⁽¹¹⁾.

Au demeurant, pour justifier une éventuelle exclusion sur la base de l'article L. 2141-7 du CCP, l'acheteur devra prendre en compte certains éléments matériels circonscrits dans le temps. En effet, l'article précité, mentionne, d'une part, la nature des griefs qui sont susceptibles de préjudicier la candidature d'un opérateur et, d'autre part, la durée d'ancienneté des faits à retenir.

Parmi ces faits, y figurent la condamnation du candidat au versement de dommages et intérêts à l'acheteur, l'interruption d'un marché précédent suite à une résiliation-sanction de l'acheteur, ou encore l'infliction d'une « sanction comparable » liée à une défaillance grave ou persistante du candidat lors de l'exécution d'un précédent marché.

Sur ce dernier cas, se pose naturellement la question de savoir quel type de sanction pourrait être assimilable à une « résiliation-sanction » dès lors que celle-ci constitue la plus importante dans l'échelle des sanctions applicables, au détriment de la mise en régie ou des pénalités. En l'absence de précisions jurisprudentielles sur ce point, une lecture possible des dispositions de l'article L. 2141-7 du CCP pourrait être de considérer que l'acheteur ne s'attache pas à la nature de la sanction prise mais plutôt à la gravité et à la persistance des manquements du candidat qui ont fait l'objet de sanction lors d'un marché antérieur. C'est d'ailleurs ce sens que

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

(8) Considérant 101 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014.

(9) Fiche technique de la DAJ, « Examen des candidatures », mise à jour le 9 décembre 2016, p.30-34.

(10) CE10 juin 2009, Région Lorraine, req. n° 324153.

(11) Rép. min. n° 15278, JOAN 16 avril 2019, p. 3581.

la DAJ du ministère de l'Économie semble retenir dans sa fiche technique^[12].

Quant à l'ancienneté des faits à retenir, l'article L. 2141-7 du CCP prévoit que l'acheteur doit tenir compte seulement des agissements fautifs du candidat qui ont eu lieu au cours des trois dernières années précédant le dépôt de la candidature.

Les manœuvres « improbables » du candidat

En vertu du 1^o de l'article L.2141-8 du CCP, si le candidat a tenté d'influencer la décision de l'acheteur, d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui conférer un avantage indu lors de la procédure de passation ou encore a fourni des informations trompeuses, l'acheteur peut également l'exclure de la procédure de passation.

Cependant, le recours à un tel motif d'exclusion par l'acheteur paraît assez sensible dans la mesure où il requiert la possession d'éléments de preuve objectifs entre les mains de l'acheteur, s'il ne souhaite pas donner lieu à un contentieux pénal avec le candidat, notamment pour diffamation.

Ainsi, si l'acheteur a connaissance de manœuvres avérées du candidat, il devrait sans doute signaler ces faits délictueux au Procureur de la République. En revanche, à défaut d'éléments de preuves objectifs, l'acheteur risque d'avoir du mal à justifier une exclusion fondée sur un tel motif.

Sur ce point, on relèvera que le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer récemment sur le cas d'exclusion d'une société candidate dont le gérant avait tenté d'influencer le processus de sélection dans plusieurs marchés publics antérieurs. La Haute assemblée a considéré que l'acheteur pouvait, pour exclure un candidat, se fonder sur des éléments précis et circonstanciés tirés tant de la procédure de passation en cours que ceux liés à des procédures antérieures^[13].

Partant, si une telle exclusion pour manque de fiabilité et de professionnalisme n'est pas impossible à mettre en œuvre, elle implique néanmoins une certaine solidité de l'acheteur dans les éléments de preuves à sa portée.

La participation préalable, directe ou indirecte, à la préparation d'un marché public

Garant notamment de l'égalité de traitement des candidats et de la transparence des procédures, l'acheteur peut être amené à exclure un candidat si celui-ci a participé en amont de manière directe ou indirecte à l'élaboration de la procédure de passation^[14]. Néanmoins, pour qu'une telle exclusion soit possible, il faut encore

que l'acheteur justifie que cette exclusion est fondée sur l'existence d'une asymétrie d'informations entre les candidats à laquelle il ne peut être remédiée^[15].

Un terrain potentiellement favorable au développement de telles situations peut résulter du « sourcing »^[16] qui apparaît pourtant, dans certaines circonstances, comme le moyen le plus pertinent pour l'acheteur de préparer une procédure, notamment lorsqu'il s'agit de modes d'achat innovants ou de projets complexes. Motif pour lequel, le Code de la commande de la publique invite les acheteurs à redoubler de prudence et les oblige à prendre toutes mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée^[17].

Ainsi que le rappelle la jurisprudence, si le niveau d'informations détenues par le candidat ayant participé à la préparation de la procédure de passation entraîne une rupture d'égalité de traitement, l'acheteur devra en tout état de cause écarter le candidat.

L'existence d'une suspicion crédible d'entente

Autre cas d'exclusion qui peut paraître difficile à mettre en œuvre par l'acheteur : l'existence d'une suspicion d'entente deux ou plusieurs candidats^[18]. On rappellera que l'entente renvoie de manière générale un accord ou une action concertée de plusieurs opérateurs tendant à rendre artificielle les conditions concurrentielles.

Or, en pratique, la révélation d'une telle situation par l'acheteur est particulièrement complexe dès lors que, sauf en cas de délation, les seuls indices dont disposent l'acheteur, ce sont les contenus des offres remises par les candidats, qui peuvent présenter des similitudes notamment lorsqu'il s'agit de prestations « standards »^[19].

Dès lors, en l'absence de tout élément probant, lorsqu'un tel doute persiste, il peut être approprié pour l'acheteur de saisir l'Autorité de la concurrence aux fins d'une enquête administrative qui pourra se solder, le cas échéant, par une condamnation à de lourdes sanctions financières, comme par exemple en 2018 dans le cadre de l'attribution du marché d'éclairage public^[20].

Le conflit d'intérêt dû à la participation à la préparation de la procédure

Le dernier motif d'exclusion envisagée par le CPP est l'irruption d'une situation de conflit d'intérêt qui peut

[12] Fiche technique de la DAJ, « L'examen des candidatures », mise à jour le 1^{er} avril 2019, p.23-26.

[13] CE 24 juin 2019, Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 428866.

[14] CCP, art. L. 2141-8.

[15] CE 29 juillet 1998, Garde des Sceaux c/ Société Génicorps, req. n° 177952.

[16] CCP, art. R. 2111-1.

[17] CCP, art. R. 2111-2.

[18] CCP, art. L. 2141-9.

[19] Autorité de la concurrence, 19 avril 2019, décision n° 19-D-06 relative à des pratiques dans la passation de marchés publics de travaux d'extension du tramway de Bordeaux.

[20] Autorité de la concurrence, 24 septembre 2018, décision n° 18-D-19 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'éclairage public en Ardèche.

conduire à rejeter la candidature d'un opérateur économique dès lors qu'il ne peut y être remédié.

Plus précisément, l'article L. 2141-10 du CCP définit, dans son alinéa 2, le conflit d'intérêts comme « 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 ».

Si le motif d'exclusion lié au conflit d'intérêt semble se rapprocher du cas d'exclusion visé par l'article L. 2141-8 du CCP précité, il en diffère par le caractère objectif de la situation. Dans un contexte contentieux, pour contrôler si une telle situation est caractérisée, le juge vérifie *in concreto*, d'une part, s'il existe un doute légitime sur l'impartialité du processus de sélection du fait de l'existence d'intérêts communs entre le candidat et l'acheteur, et d'autre part si, le candidat peut potentiellement exercer une influence sur le processus de sélection de l'attributaire du marché^[21].

Sur ce point, il convient de relever que le juge administratif semble avoir infléchi sa position traditionnelle en rejetant le critère du simple doute sur l'impartialité, au profit de la preuve matérielle d'une impartialité^[22]. En effet, dans sa décision du 12 septembre 2018, le Conseil d'État a jugé que le fait qu'un des salariés de la société attributaire ait participé à l'élaboration des documents de la consultation dans le cadre d'une mission d'assistant à maîtrise d'ouvrage, ne suffit pas à caractériser un manquement de l'acheteur au principe d'impartialité, dès lors que ledit salarié a quitté ses fonctions avant la date de remise des offres, avant même qu'il puisse effectivement exercer une quelconque influence sur le processus décisionnel de l'acheteur.

Les modalités de contrôle des motifs d'exclusions par l'acheteur

Pour détecter les candidatures qui seraient concernées par l'un des cas d'exclusions visés par les articles L. 2141-1 à L. 2141-5 du CCP ou par les articles L. 2141-7 à L. 2141-10 du CCP, le Code a défini un certain nombre de règles encadrant tant les modalités du contrôle que l'« office » de l'acheteur.

L'« office » de l'acheteur public face aux candidatures encourant une exclusion

Suivant la situation dans laquelle la personne candidate se trouve, l'acheteur disposera d'une marge de ma-

nœuvre plus ou moins grande pour conclure à l'exclusion d'un candidat.

En effet, lorsque le candidat est concerné par l'un des cas d'exclusion de plein droit, visés aux articles L. 2141-1 à L. 2141-5 du CCP, l'acheteur devra prendre, en principe, une décision d'exclusion dudit candidat.

Cependant, on précisera que l'article L. 2141-6 du CCP a repris en substance la dérogation posée par l'article 57§3 de la directive « Marchés publics », qui prévoit que l'acheteur peut moduler le caractère obligatoire de cette exclusion « pour des raisons impératives relevant de l'intérêt public telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement^[23] ».

Si l'article L. 2141-6 du CCP, ne précise pas la teneur de ces motifs d'intérêt public, contrairement à la Directive « Marchés », il envisage le recours à une telle dérogation, si et seulement si trois conditions cumulatives sont satisfaites. Cette triple condition, qui est d'interprétation restrictive, implique que l'acheteur démontre :

- l'existence de raisons impérieuses d'intérêt général ;
- l'exclusivité du candidat pour exécuter le marché concerné ;
- l'absence d'une sanction juridictionnelle interdisant au candidat de soumissionner à une procédure de marché public.

En tout état de cause, on relèvera que la dérogation posée par le législateur ne semble pouvoir être mobilisable en pratique que dans des circonstances très exceptionnelles.

En revanche, lorsque le candidat est affecté par l'une des situations d'exclusion visées par les articles L. 2141-7 à L. 2141-10 du CCP, l'acheteur jouit d'une marge de manœuvre plus importante. En effet, l'article L. 2141-11 du CCP prévoit que, si l'acheteur envisage d'exclure un candidat, il doit nécessairement mettre en œuvre une procédure contradictoire permettant à ce dernier, de présenter des observations.

Dans une telle hypothèse, le candidat doit, selon la nouvelle rédaction utilisée par le CPP, démontrer qu'il a pris les « mesures nécessaires pour corriger les manquements » reprochés 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 »^[24]. Suivant la pertinence de la réponse apportée par le candidat, l'acheteur pourra décider d'écarter ou non l'opérateur, de la consultation. Le risque est surtout que le candidat conteste les manquements reprochés, ce qui risque de conduire à des situations de blocage des procédures.

Par ailleurs, on alertera le lecteur sur le fait que, si la situation du candidat vient à changer en pleine procé-

[21] V. par exemple : CE 4 octobre 2015, Société Applicam et Région Nord-Pas-de-Calais, req. n° 390968.

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

[23] Art. 57§3 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

[24] CCP, art. L.2141-11, précité.

ture, l'article L. 2141-12 du CCP semble prévoir que le candidat devra être écarté d'office y compris pour les motifs d'exclusion prévus par les articles L. 2141-7 à L. 2141-10 du CCP.

Enfin, il importe de relever qu'en vertu des articles L. 2141-13 et L. 2141-14 du CCP, lorsque le motif d'exclusion concerne l'un des membres d'un candidat constitué en groupement, ou la société sous-traitante du candidat, l'acheteur est tenu demander au candidat de procéder dans un délai de dix jours, à une substitution d'opérateurs, sous peine d'exclusion de la procédure.

Les modalités de vérification des motifs d'exclusion

Il importe de préciser, en dernier lieu, les modalités pratiques du contrôle à opérer par l'acheteur sur les plans temporel et matériel.

● Le moment du contrôle des motifs d'exclusions

La question de la détermination du moment précis à partir duquel l'acheteur doit procéder à la vérification des exclusions ne ressort pas en première lecture des dispositions du Code de la commande publique. Seule une lecture attentive des articles R. 2144-4 et R. 2144-5 combinés du CCP permet de déduire que le moment de la demande des justificatifs dépend de la nature de la procédure de passation, c'est-à-dire suivant si la procédure est passée en forme ouverte ou restreinte.

Cette dualité, a d'ailleurs été mise en évidence par une décision du 25 janvier 2019, dans laquelle le Conseil d'État a considéré, en substance, que, lorsque l'acheteur se trouve en procédure ouverte, les preuves afférentes à une absence d'exclusion doivent être apportées seulement par le candidat pressenti comme attributaire, ce qui sous-entend donc que la demande des justificatifs intervient entre la décision d'attribution et la signature du marché^[25].

A contrario, dans le cadre d'une procédure restreinte, ces justificatifs doivent être transmis à l'acheteur dès le stade du dépôt des dossiers de candidature ce qui induit donc une vérification d'absence des motifs d'exclusion « au plus tard avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue »^[26].

Au demeurant, une réponse ministérielle en date du 27 février 2018 était venue préciser que, dans l'hypothèse d'une procédure ouverte, la vérification de l'acheteur intervient après la saisine de la commission d'appel d'offres (CAO), lorsqu'une telle commission est exigée, et qu'il serait judicieux pour les acheteurs d'indiquer dans le procès-verbal que la désignation de l'attributaire est faite sous réserve d'une absence d'exclusion de l'attributaire pressenti. Une telle rédaction du procès-verbal aura pour avantage de ne pas avoir à convoquer

à nouveau une CAO pour désigner comme attributaire le candidat suivant en situation de régularité^[27].

● Les moyens de preuve d'une absence d'exclusion

Quelle que soit la forme de la procédure de passation entreprise, l'acheteur procède à la vérification de que le candidat n'est pas sous le coup de l'un des cas d'exclusion visés aux articles L. 2141-1 à L. 2141-5 ou aux articles L. 2141-7 à L. 2141-10 du CCP, sur la base de deux séries de documents.

L'acheteur contrôle, dans un premier temps, si le candidat individuel ou en groupement a joint à sa candidature, une déclaration sur l'honneur dûment complétée et signée, avant d'analyser dans un second temps, les différents certificats et attestations produits par celui-ci.

En ce qui concerne la déclaration sur l'honneur, elle peut se matérialiser soit par un document à part entière, soit par la souscription dans la sous rubrique F1 du formulaire DC1 établi par le MINEFI ou encore en renseignant les champs correspondant dans le Document Unique de Marché Européen (DUME)^[28].

Outre cette déclaration sur l'honneur, le candidat devra fournir différents justificatifs pour démontrer concrètement qu'il n'est pas frappé par l'un des cas d'exclusion. À cet égard, les candidats ont la faculté de produire les documents prévus par les articles R. 2143-6 à R. 2143-10 du CCP (attestation sur l'honneur, certificats, extrait de registre type K-Bis...), et ceux visés par l'arrêté du 22 mars 2019 qui fixe la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution des contrats de la commande publique.

À titre connexe, on rappellera que, depuis l'entrée en vigueur de la loi dite « Sapin II » du 9 décembre 2016^[29], les candidats n'ont plus à fournir un extrait de casier judiciaire B2 dès lors que la déclaration sur l'honneur est jugée suffisante pour prouver que les candidats n'ont pas été sanctionnés pénalement pour l'une des infractions visées par l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2141-1 du CCP.

En définitive, si le candidat ou le soumissionnaire est concerné par un cas d'exclusion, ou fournit de faux renseignements ou documents pour démontrer l'inverse, sa candidature est déclarée irrecevable^[30]. Et, il convient de noter que les opérateurs économiques qui seraient tentés de produire des attestations ou des certificats inexacts, erronés ou irréguliers, peuvent faire l'objet de poursuites pénales, et être notamment condamnés à une peine complémentaire d'exclusion des marchés publics^[31].

[27] Rép. min. n° 2679, JOAN 27 février 2018.

[28] DAJ, *Guide très pratique de la dématérialisation des marchés publics pour les opérateurs économiques*, avril 2019.

[29] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[30] CCP, art. R. 2144-7.

[31] V. notamment les articles 441-1 à 441-10 du Code pénal.

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

[26] CCP, art. R. 2144-5.