



LÉA GIRARD,
avocate,
cabinet Seban et associés



ÉMELINE CHAZAUD,
avocate,
cabinet Seban et associés

Candidature

Les acheteurs publics doivent se prémunir du risque de conflit d'intérêts que peuvent créer, par leur candidature, certains opérateurs économiques.

Exclusion

Les motifs d'exclusion prévus par le code de la commande publique ne s'appliquent qu'aux situations de conflit d'intérêts au cours de la seule procédure d'attribution.

Conditions

L'acheteur public peut fixer des conditions de participation visant à prévenir les conflits d'intérêts lors de la phase d'exécution d'un marché public.

d'exclusion obligatoires et posent le principe d'une interdiction de soumissionner, en cas de condamnation pour certaines infractions pénales, de non-respect par une entreprise de ses obligations fiscales et sociales, de difficultés rencontrées par l'entreprise ou d'infraction à la législation du travail.

Les articles L.2141-7 à L.2141-10 du code de la commande publique dressent ensuite une liste de motifs d'exclusion dits « facultatifs », laissés à l'appréciation de l'acheteur. Un opérateur économique peut ainsi être écarté de la procédure, au stade de l'examen des candidatures, notamment en cas de mauvaise exécution de marchés publics antérieurs, d'ingérence frauduleuse et, surtout, de conflit d'intérêts.

Ces motifs d'exclusion obligatoires et facultatifs étant limitativement définis par le code de la commande publique, l'acheteur public ne pourra prévoir dans sa consultation d'autres interdictions de soumissionner.

PRÉVENTION D'UNE SITUATION DE CONFLIT D'INTÉRÊTS AU COURS DE LA SEULE PROCÉDURE DE PASSATION

Le conflit d'intérêts visé à l'article L.2141-10 du code de la commande publique est défini comme la « 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 ».

Ces dispositions concernent uniquement la prévention d'une situation de conflit d'intérêts entre les candidats et les personnes intervenant au cours de la seule procédure d'attribution d'un marché public (1). Dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat est revenu sur le champ d'application de cet article, en précisant explicitement qu'il ne s'appliquait pas aux situations de conflit d'intérêts susceptibles de se présenter au cours de l'exécution du marché (2).

Les motifs d'exclusion des candidatures prévus par le code de la commande publique, qui n'ont pas vocation à s'appliquer à d'autres situations de conflit

Marchés publics

Le risque de conflit d'intérêts anticipé par l'acheteur

Dans le cadre d'un marché public, les situations de conflit d'intérêts liées aux candidatures peuvent survenir au cours de la procédure de mise en concurrence, mais également lors de la phase d'exécution. Les marchés publics comportant des missions de conseil, de maîtrise d'œuvre, d'assistance à maîtrise d'ouvrage ou de contrôle sont particulièrement exposés à ces risques de conflit d'intérêts, notamment lorsqu'ils conduisent les opérateurs économiques à intervenir au niveau de l'exécution d'un contrat de la commande publique ou de l'utilisation d'une subvention.

De telles missions exigent impartialité et indépendance du titulaire vis-à-vis de la ou des entités bénéficiant d'un contrat de la commande publique ou d'une subvention. Les acheteurs publics doivent pouvoir prendre en compte ces exigences lors de la

sélection de leur prestataire afin de prévenir l'existence de conflit d'intérêts pouvant compromettre la bonne exécution du marché. En ce sens, le juge administratif a récemment ouvert la possibilité aux acheteurs publics d'anticiper un tel risque au stade de l'analyse des capacités des candidats et d'exclure d'entrée de jeu certaines candidatures qui, au regard notamment de leurs liens avec d'autres opérateurs économiques, laissent craindre la survenance de conflit d'intérêts lors de l'exécution du marché.



Un opérateur économique peut être écarté de la procédure, au stade de l'examen des candidatures, notamment en cas de mauvaise exécution de marchés publics antérieurs.

IMPOSSIBLE RECOURS AUX MOTIFS D'EXCLUSION DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

MOTIFS D'EXCLUSION LIMITATIVEMENT ÉNUMÉRÉS DANS LE CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Les articles L.2141-1 à L.2141-5 du code de la commande publique listent les motifs

d'intérêts que celles concernant strictement les procédures de passation (3), ne s'avèrent pas, par conséquent, d'une grande utilité pour les acheteurs publics dans leur lutte contre les situations de conflit d'intérêts au cours de la phase d'exécution du marché.

RECOURS À DES CONDITIONS DE PARTICIPATION PRENANT EN CONSIDÉRATION DES EXIGENCES EN MATIÈRE D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ

L'article L.2142-1 du code de la commande publique indique que les acheteurs publics précisent les conditions de participation auxquelles les candidats doivent répondre pour s'assurer qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière, ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché.

L'acheteur public ne peut cependant exiger que des conditions de participation proportionnées et rendues nécessaires par la nature des prestations liées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution (4).

Le Conseil d'Etat a récemment précisé que les exigences de l'acheteur relatives aux capacités professionnelles pouvaient porter sur l'indépendance et l'impartialité dont doit faire preuve le titulaire du contrat en estimant que les dispositions de l'article L.2142-1 du code précité devaient être lues à la lumière des prescriptions de l'article 58 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014. Son paragraphe 4 indique qu'un «pouvoir adjudicateur peut considérer qu'un opérateur économique ne possède pas les capacités professionnelles requises lorsqu'il a établi que l'opérateur économique se trouve dans une situation de conflit d'intérêts qui pourrait avoir une incidence négative sur l'exécution du marché».

L'acheteur peut donc définir, au titre des capacités professionnelles, des conditions visant, dès le stade de la présentation des candidatures, à empêcher tout risque de conflit d'intérêts qui pourrait avoir une incidence négative sur l'exécution du marché, ceci sous réserve de fixer des conditions liées et proportionnées à l'objet du marché.

RÉFÉRENCES

- Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, art. 58 § 4.
- Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.
- Code de la commande publique, art. L.2141-1 à L.2141-11, L.2142-1, L.2112-2 et R.2143-3.

Il convient cependant de souligner que la mise en œuvre effective de ces conditions de participation reste subordonnée au caractère limitatif des documents qui peuvent être exigés des candidats en vue de l'appréciation de leur capacité professionnelle (5).

FIXATION DE CONDITIONS D'EXÉCUTION VISANT À PRÉVENIR LA SURVENANCE D'UN CONFLIT D'INTÉRÊTS

L'article L.2112-2 du code de la commande publique dispose que les acheteurs publics peuvent imposer, parmi les conditions d'exécution d'un marché public, des exigences particulières à la condition que de telles exigences soient en lien avec l'objet du marché.

Par ailleurs, ces conditions doivent être édictées dans le respect des principes d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès à la commande publique (6). L'acheteur public pourrait donc insérer, dans les documents du marché, des prescriptions particulières visant spécifiquement à écarter un éventuel conflit d'intérêts durant l'exécution du contrat.

De telles stipulations n'auraient pas vocation à exclure des candidats, mais à régir l'exécution du marché. Cette possibilité a d'ailleurs été évoquée par le ministre de l'Economie et des finances dans une réponse ministérielle, s'agissant des situations de conflit d'intérêts pouvant se présenter lors des procédures de passation: «Le pouvoir adjudicateur peut ainsi insérer, dans le marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage, une clause imposant à son titulaire de divulguer, sur simple demande, les liens qui l'uniraient aux opérateurs économiques» (7).

Une telle solution qui instaure un contrôle a posteriori des acheteurs publics sur le titulaire apparaît moins efficace que celle consistant à prévoir des conditions de participation en termes d'indépendance et d'impartialité.

Elle constitue néanmoins un outil supplémentaire dont il appartient aux acheteurs publics de se saisir en définissant, dans les cahiers des clauses administratives particulières (CCAP) des marchés concernés, les situations de conflit d'intérêts, d'une part, les mesures auxquelles s'engage le titulaire en cas de situation de conflit d'intérêts du titulaire ou de manquement par le titulaire ou ses sous-traitants aux obligations visant à prévenir de telles situations, d'autre part.●

(1) CE, 25 novembre 2021, req. n° 454566; CAA de Bordeaux, 15 décembre 2021, req. n° 19BX03742.

(2) CE, 12 avril 2023, req. n° 466740.

(3) Conclusions de Marc Pichon de Vendeuil, rapporteur public, CE, 12 avril 2023, précité.

(4) Fiche «La présentation des candidatures», direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie, avril 2019.

(5) Code de la commande publique, art. R.2143-3 et arrêté du 22 mars 2019, fixant la liste des renseignements et des documents pouvant limitativement être demandés aux candidats aux marchés publics.

(6) CE, 4 décembre 2017, req. n° 413366.

(7) Réponse ministérielle à la question écrite d'Edouard Philippe, n° 49422, JO de l'Assemblée nationale du 20 septembre 2016.