

L'exclusion de la procédure de passation de la commande publique *L'examen des candidatures*

8 avril 2021

Université Paris Saclay, Université d'Evry
(Salle 373 du Bâtiment Ile de France)



(Photo de Nazim Siblot)

Direction scientifique

Vincent Bouhier

L'exclusion de la procédure de passation de la commande publique

L'examen des candidatures

L'accès à la commande publique est très clairement affirmé au travers de plusieurs principes énoncés tant dans les directives de l'Union que le titre préliminaire du Code de la commande publique. La commande publique doit satisfaire aux principes d'égalité de traitement, de mise en concurrence, de non-discrimination et de transparence qui ont été identifiés à partir de l'arrêt *Telaustria* de la Cour de justice. Ces principes ont ensuite été repris au niveau des juridictions nationales, dont le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat avec des formulations équivalentes avant d'être codifiés. Ils sont aujourd'hui concrètement déclinés au travers des règles encadrant tant les phases de passation que d'exécution des contrats de marchés publics, de marchés de partenariat et de concessions notamment. Ils ont également joué un rôle essentiel dans l'évolution des pratiques des différentes autorités publiques, imposant plus de rigueur afin de limiter le contentieux fondé sur la violation de ces principes.

L'accès à la commande publique est ainsi consacré, préservé et revendiqué notamment au nom de la libre concurrence. Cependant, il ne s'agit aucunement pour les entreprises et autres entités d'un droit absolu et automatique. L'accès à la commande publique est en réalité conditionné, restreint non seulement par rapport aux conditions de l'offre, mais également par des exigences pesant sur le soumissionnaire lui-même. Les exigences sont aujourd'hui nombreuses et apparaissent éclatées dans leur contenu. En effet, certaines portent sur le respect d'obligations objectives du droit du travail ou encore du code général des impôts. Pour d'autres, elles portent sur le comportement du candidat au cours de la passation ou de l'exécution d'un précédent contrat.

Le pouvoir d'évaluation (de contrôle) du soumissionnaire et de l'offre apparaît après un rapide examen comme un instrument de respect de normes sociales, mais également de développement économique et du bon usage des deniers publics. Les contrôles relatifs au soumissionnaire, dans un premier temps, et à l'offre, dans un second temps, semblent dépasser la seule fonction de la bonne réalisation du contrat de la commande publique, même si cette finalité n'est jamais totalement absente. Cette double dimension apparaît comme une traduction de la capacité d'intervention de la personne publique dans le domaine économique, où elle est souvent réputée en situation de faiblesse. Ce pouvoir de contrôle se caractérise par ses dimensions à la fois coercitive et dissuasive qu'il faudra vérifier et déterminer. Cependant ces différentes dimensions ne souffrent-elles pas également d'exception qu'il nous faut analyser.

Au regard des textes, il existe une véritable capacité à exclure des candidats, tant en raison de leur qualité, de leur situation ou de leur comportement ou des caractéristiques de leur offre. Si certaines dispositions ont explicitement cet objet, d'autres peuvent implicitement avoir cette conséquence et doivent être également appréhendés comme les variantes et les options.

Plusieurs questions seront alors à envisager à commencer par la fonction et la portée de ces règles. Est-ce que les exclusions sont de plein droit ? Quelles sont les marges d'appréciation laissées aux acheteurs et concédants ? Les acheteurs et les concédants sont-ils en situation effective de les mettre en œuvre au regard de leurs moyens et de l'accès à l'information ? La mise en œuvre des contrôles n'est-elle pas un préalable handicapant au moment d'établir un lien de confiance avec son futur cocontractant ? La mise en œuvre des contrôles est-elle compatible avec les exigences du RGPD ? Le contrôle de l'offre répond-il à une exigence de sincérité de l'offre ? Les dispositifs retenus sont-ils suffisants pour répondre aux situations auxquelles sont confrontés les acheteurs afin d'écarter un candidat qui n'a pas donné satisfaction ? Les candidats ont-ils les moyens de faire prévaloir leurs droits avant que le contrat ne soit définitivement attribué ?

La multiplicité des situations et la complexité des textes invitent à réfléchir à ces restrictions, dont la portée ne peut être minimisée ni pour les personnes publiques ni pour les candidats.

L'ensemble de ces questions seront abordées au cours de cette journée d'étude.

L'exclusion de la procédure de passation de la commande publique

L'examen des candidatures

9 h 20 - Accueil des participants

9 h 30 - Ouverture des travaux

Vincent Bouhier

9h35 - Propos introductif : Les finalités du contrôle du soumissionnaire

Hélène Hoepffner, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

Première partie : Les principes généraux inhérents à l'exclusion d'une candidature

10h

Vers l'émergence d'un principe de sincérité des candidatures ?

Vincent Bouhier, Maître de conférences à l'Université Paris-Saclay, Faculté d'Evry

- La lutte contre la criminalité organisée, le cas italien

Carol Cravero, Doctoral fellow, University of Torino and Université Paris-Ouest Nanterre

10h45 - Discussion et pause

11h15

- Le respect du principe de proportionnalité

Stéphane de la Rosa Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

- La protection du principe de mise en concurrence

François Brenet, Professeur à l'Université de Poitiers

- L'affirmation progressive du principe de réciprocité de l'ouverture des marchés

Laurence Folliot Lalliot, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre la Défense

12h15 - Discussion

12h45 – Déjeuner libre

Deuxième partie : L'étendue du pouvoir d'exclusion

14h15

- Le droit ou l'obligation d'exclure une candidature

Laurent Coutron, Référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne et Professeur à l'Université de Montpellier

- La capacité d'exclusion d'un prestataire antérieur

Olivier Guézou, Professeur à l'Université Paris-Saclay, Faculté de Versailles Saint Quentin

- La régularisation de la candidature et de l'offre

Grégory Kalfèche, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

- Les obligations à l'égard des candidats en cours d'exclusion

Florian Poulet, Professeur à l'Université Paris-Saclay, Faculté d'Evry

- L'appréhension économique de l'offre face aux variantes, options et prestations supplémentaires

Rokhaya Seydi, Doctorante à l'Université Paris-Saclay, Faculté d'Evry

16h – 16h20 - Discussion et pause

Troisième partie : Les moyens de contrôle

16h20- L'opposabilité du RGPD par les candidats

Alexandra Bensamoun, Professeur à l'Université de Rennes 1

16h40- L'accès à l'information au cours de la procédure de passation d'un contrat

Pierre Bourdon, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

17h – 17h20 - Discussion

17h20 - Rapport de Synthèse

Laurent Richer, Professeur émérite, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne