



HAL
open science

La capacité d'exclusion du prestataire antérieur - Entre codification constructive de la jurisprudence et adaptation à la nature des contrats de la commande publique

Olivier Guézou

► To cite this version:

Olivier Guézou. La capacité d'exclusion du prestataire antérieur - Entre codification constructive de la jurisprudence et adaptation à la nature des contrats de la commande publique. L'exclusion de la procédure de passation de la commande publique – L'examen des candidatures et des offres, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 210 p., 2023, 978-2-37032-360-6. <hal-04336357>

HAL Id: hal-04336357

<https://hal.science/hal-04336357v1>

Submitted on 11 Dec 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Copyright - All rights reserved

La capacité d'exclusion du prestataire antérieur - Entre codification constructive de la jurisprudence et adaptation à la nature des contrats de la commande publique

Olivier Guézou

Professeur de droit public, Paris Saclay – UVSQ
Directeur du Master de Droit immobilier public
Centre de recherche Versailles Institutions Publiques (EA 3643)

Pour citer cet article :

- O. GUEZOU, « La capacité d'exclusion d'un prestataire antérieur – Entre codification constructive de la jurisprudence et adaptation à la nature des contrats de la commande publique », pp 119-131 in *L'exclusion de la procédure de passation de la commande publique – L'examen des candidatures et des offres*, dir. sc. V. BOUHIER : Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2023, 210 p.

Positivement, mon sujet aurait pu être « *parce que c'était lui, parce que c'était moi* ». Je vous aurais parlé de la prime au sortant, des avantages concurrentiels de celui-ci, de l'asymétrie d'information à son profit, etc...¹ Mais non, je vous invite à être résolument négatif, à nous intéresser aux conflits, aux rancœurs, aux déceptions voire aux trahisons. Dans mon intervention, point de favoritisme, mais son image inversée : parfois, connaître une entreprise, c'est vouloir ne pas travailler avec elle.

Cette « *capacité d'exclusion du prestataire antérieur* » est désormais inscrite dans une disposition spécifique du code de la commande publique. Son étude, en la replaçant dans son contexte, permet de laisser transparaître l'opération de codification (I) avant, en resserrant l'analyse sur le texte, de tirer quelques enseignements sur le code lui-même et son adaptation aux contrats de la commande publique (II).

¹ Le style oral de l'intervention a été conservé.

I – Contexte : la codification constructive de la jurisprudence

La prise en compte des difficultés rencontrées lors de l'exécution d'un contrat antérieur était déjà possible avant l'adoption du code de la commande publique. Simplement, le fondement en était différent. Face au silence des textes, c'est la jurisprudence qui s'était chargée d'admettre cette possibilité. Le besoin avait ainsi créé l'organe (A). Puis, lors de l'intégration de cette jurisprudence dans le code de la commande publique (CCP), le *momentum* et la logique de la règle ont évolué (B), sans pour autant remplacer l'une par l'autre ; entre les deux règles, point d'absorption ou de substitution, la coexistence est pacifique (C).

A – Le vide comblé par la jurisprudence : le besoin crée l'organe

Par le passé, aucune disposition textuelle ne réglait directement la situation du cocontractant public qui se retrouvait face à un candidat de sinistre mémoire, avec lequel il avait rencontré des difficultés lors d'un précédent contrat. Ce silence était source, si ce n'est d'incertitude, au moins d'inquiétude pour l'acheteur public qui peinait parfois à éliminer, en toute sécurité juridique, l'entreprise défavorablement connue de ses services. Il est vrai que dans une relation, les torts peuvent être partagés, la relation toxique sans qu'un coupable unique n'apparaisse. Il faut prendre garde à ce que l'acheteur public ne reproche pas à l'entreprise sa propre impréparation ou ses carences. Par ailleurs, l'entreprise doit pouvoir apprendre de ses erreurs, s'améliorer ; c'est impératif aussi en termes de libre concurrence et de maintien d'un nombre suffisant d'offres.

En droit de la commande publique comme dans la nature, le besoin crée aisément l'organe et le vide juridique est naturellement comblé par la jurisprudence. Celle-ci présente l'intérêt de pouvoir être construite sur-mesure et donc de fixer une règle à la fois utile et mesurée. Dans une décision de 1987, le Conseil d'Etat avait d'abord considéré que l'acheteur public n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en écartant un opérateur économique « *en raison de difficultés qui avaient affecté la réalisation de travaux antérieurs* »². Ensuite, en 2009, la Haute juridiction administrative avait confirmé que l'acheteur public peut écarter la candidature

² CE 27 février 1987, Hôpital départemental Esquirol, req. n° 614020, inédit au *Lebon*.

d'une entreprise « à raison de l'insuffisance de ses capacités professionnelles » en tenant compte « de ses prestations antérieures et de l'absence de garanties nouvelles suffisantes », tout en précisant que l'acheteur public « 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 » pour le nouveau contrat³.

L'équilibre était ainsi trouvé par la possible prise en compte des difficultés antérieures, tout en imposant qu'elles aient un lien avec le nouveau contrat. Concrètement, des difficultés avec une entreprise sur un précédent marché étaient matériellement de nature à fragiliser sa candidature au regard de ses capacités techniques et professionnelles, de son expérience et de ses références. Une analyse globale et circonstanciée des capacités de l'entreprise devait être menée et c'était seulement si elles n'étaient pas établies pour le nouveau contrat, y compris parce que les difficultés rencontrées sur un précédent marché n'étaient pas compensées par d'autres éléments, que la candidature pouvait être éliminée. Ces difficultés pouvaient donc être prises en compte, durant la phase de présélection pour éliminer les candidats inaptes ou incapables qui ne remplissent pas les conditions de participation⁴.

B – La codification : changement de momentum et logique nouvelle

Avec les directives marchés publics et concessions des 26 février 2014, la possibilité pour le cocontractant public d'écarter une candidature a été reconnue lorsque « des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait » dans le cadre d'un contrat de la commande

³ CE 10 juin 2009, Région Lorraine, req. n° 324153, tables du *Lebon* ; concl. N. BOULOUIS, *BJCP* octobre 2009, p. 375 ; *Dr. adm.* août 2009, p. 24, A. RUELLAN ; *CMP* août 2009, p. 31, W. ZIMMER – Formulation équivalente par ex. CAA Paris 15 février 2019, Province Nord de Nouvelle-Calédonie, req. n° 17PA00007, inédit au *Lebon* – CAA Lyon 27 février 2020, Soc. VBSO, req. n° 18LY01136, inédit au *Lebon*.

⁴ Voir par ex. CE 26 mars 2008 COURLY, req. n° 303779, tables du *Lebon* ; *RJEP* octobre 2008, p. 14, D. MOREAU – CE 25 janvier 2019, Soc. Dauphin Telecom, req. n° 421844, tables du *Lebon* ; concl. G. PELLISSIER, *BJCP* mars 2019, p. 105 ; *AJ Contrats d'affaires* mars 2019, p. 138, J.-D. DREYFUS ; *Contrats et marchés publics* avril 2019, p. 20, J. DIETENHOEFFER ; *AJDA* 2019, p. 885, S. AGRESTA et S. HUL ; *JCP A* 29 avril 2019, p. 33, F. LACARRERE. Cette phase est commune à toutes les procédures qu'elles soient ouvertes ou restreintes.

publique antérieur⁵. Pour les marchés publics, ce texte a été transposé à l'article L. 2141-7 du CCP au sein des « *motifs d'exclusions de la procédure de passation* » et plus précisément des « *exclusions à l'appréciation de l'acheteur* ». Pour les contrats de concession, une règle équivalente est inscrite à l'article L. 3123-7 du CCP. Dès lors, le *momentum* de la prise en compte les difficultés antérieures change : selon la jurisprudence précitée de 1987 et 2009, elles étaient saisies positivement, au stade de l'analyse des conditions de participation ; elles peuvent désormais l'être en amont, négativement, dès le stade de l'élimination de certaines candidatures.

Le changement du moment recèle et révèle une évolution de la logique de la règle. Alors que la présélection est positivement liée à la nature opérationnelle des contrats de la commande publique en termes de satisfaction des besoins, d'adaptation de l'offre à la demande exprimée et des capacités à bien exécuter ce contrat spécifiquement, la phase d'exclusion est un premier filtre négatif, plus général, moins matériel, qui répond à une volonté d'éliminer les incapables et les malhonnêtes. L'approche du code de la commande publique n'est donc pas seulement centrée sur le risque pour l'exécution. Elle est également plus subjective. C'est un jugement de valeur : l'entreprise qui a trahi ou fauté n'est pas digne de participer aux contrats de la commande publique. La manne publique, l'association à l'image valorisante des services publics ou des activités d'intérêt général ou encore la nécessité démocratique de l'exemplarité publique imposent honnêteté et compétence à celui qui reçoit l'onction publique.

Ce changement a aussi des conséquences concrètes, spécialement sur ce que l'acheteur doit vérifier avant d'éliminer une entreprise. Ainsi, sous l'empire de la jurisprudence de 1987 et 2009, il s'agissait pour l'entreprise surtout de prouver l'existence de capacités suffisantes malgré les difficultés antérieures. Les liens entre les défaillances initiales et le nouveau contrat étaient alors étudiés. Le juge procédait à une analyse détaillée, *in concreto*, soulignant les points communs entre les deux contrats, pour en déduire le risque de retrouver les mêmes difficultés lors de l'exécution du nouveau contrat. Il soulignait par exemple que l'entreprise était éliminée « *en raison de l'insuffisance de ses références relatives à des prestations similaires, compte-tenu de ses prestations antérieures et de l'absence de garanties nouvelles suffisantes* »⁶ ou encore parce que les manquements ont été constatés « *dans l'exécution d'un marché précédent, dont l'objet était similaire* »⁷. Le juge vérifiait précisément la situation et

⁵ Art. 38, 7, f de la directive 2014/23 sur l'attribution de contrats de concession et art. 57, 4, g de la directive 2014/24 sur la passation des marchés publics.

⁶ CE 10 juin 2009, Région Lorraine, préc.

⁷ CAA Lyon 27 février 2020, Soc. VBSO, req. n° 18LY01136, inédit au *Lebon*.

étudiait avec minutie les correspondances échangées, les nouvelles références produites par l'entreprise, les conséquences des défaillances, leur fréquence, la diligence de l'entreprise pour y remédier, la faiblesse du préjudice subi par l'acheteur, etc.⁸.

Avec la nouvelle règle de droit écrit intégrée dans le code de la commande publique, le cocontractant public doit « *laisser la possibilité à cet opérateur économique de présenter les mesures correctives qu'il a adoptées* »⁹, le mettre « *à même de présenter ses observations afin d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen 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* »¹⁰. Il s'agit donc de montrer que des mesures correctives ont été prises, par exemple s'agissant de « *leur organisation et leur personnel, comme la rupture de toute relation avec des personnes ou des organisations impliquées dans ces agissements, des mesures appropriées de réorganisation du personnel, la mise en oeuvre de systèmes de déclaration et de contrôle, la création d'une structure d'audit interne pour assurer le suivi de la conformité et l'adoption de règles internes de responsabilité et de réparation* »¹¹. Ce n'est pas tant la possibilité de bien exécuter qu'il convient de souligner que la confiance qu'il convient de rétablir, un peu comme un « *plaider coupable* » complété par la mise en avant des efforts faits et des corrections mises en oeuvre.

La capacité d'exclusion des prestataires antérieurs révèle ainsi que cette codification de la jurisprudence – à droit constant nous dit-on – est tout de même constructive en changeant le moment et la logique de la prise en compte des difficultés antérieures par le cocontractant public. La question se pose alors de savoir si la nouvelle règle de droit écrit remplace la règle jurisprudentielle antérieure ou si elles peuvent coexister.

⁸ CAA Nancy 26 février 2019, Soc. PBTP et Démolitions, req. n° 18NC00064, inédit au *Lebon* ; *CMP* mai 2019, comm. 155, E. MULLER. V. aussi CAA Paris 15 février 2019, Province Nord de Nouvelle-Calédonie, préc. ; CAA Bordeaux 18 décembre 2014, Soc. U Prestair, req. n° 13BX01385, inédit au *Lebon*.

⁹ CJUE 3 octobre 2019, Delta Antrepriză de Construcții, aff. C-267/18 ; *CMP* décembre 2019, comm. 367, H. HOEPFFNER. CJUE 19 juin 2019, Meca, aff. C-41/18 ; *CMP* octobre 2019, comm 300, W. ZIMMER. V. spéc. l'art. 57 § 6 et consid. 102 de la directive 2014/24.

¹⁰ Art. L 2141-11 du CCP pour les marchés publics et L. 3123-11 pour les concessions.

¹¹ Ex. donnés par le considérant 102 de la directive.

C – La coexistence pacifique des époques ou la stratification heureuse : une codification sans absorption de la jurisprudence

Malgré la possibilité nouvelle d'exclusion offerte par les articles L. 2141-7 et L. 3123-7 du CCP, il est indispensable que le cocontractant public puisse continuer à éliminer une entreprise sur le fondement de la jurisprudence antérieure. En effet, exclusions et conditions de participation n'ont pas la même logique ni le même finalité : pour les cas d'exclusion, c'est avant tout une question d'honorabilité et d'exemplarité alors que les conditions de participation relèvent d'une approche plus technique et opérationnelle. Les difficultés lors des marchés antérieurs doivent pouvoir être saisies, au choix du cocontractant public, sur ces deux terrains de l'intégrité et de la confiance ou sur celui de l'insuffisance des capacités techniques et professionnelles de l'entreprise. Cette insuffisance doit toujours pouvoir être prise en compte.

En outre, les conditions d'élimination du code de la commande publique sont plus strictes que celles de la jurisprudence de 1987 et 2009, notamment parce que désormais la démonstration de difficultés, par exemple en produisant des échanges de courriers, ne suffit plus. Il faut également que les conséquences du manquement ait été tirées et que la sanction – des dommages-intérêts, la résiliation ou une sanction comparable – ait été prononcée. Il est donc préférable que, conformément à la jurisprudence antérieure, l'acheteur public puisse tout de même éliminer, pour défaut de capacités, l'entreprise dont l'inaptitude est révélée par des difficultés antérieures non compensées par d'autres éléments ou références.

Enfin, face à une entreprise qui aurait dépassé le stade de l'exclusion générale mais qui ne présenterait pas l'expérience ou les références requises pour le nouveau contrat, le cocontractant public ne doit pas être démuné. Le « *besoin qui avait créé l'organe* » n'a pas disparu. La jurisprudence antérieure qui en avait tenu compte n'est donc pas obsolète. Elle ne doit pas être absorbée par la nouvelle règle posée par le code de la commande publique.

Le cocontractant public dispose ainsi d'un arsenal fourni et diversifié pour tenir compte des difficultés rencontrées lors d'un précédent contrat¹². Le décor étant ainsi planté, le contexte présenté, il est possible de resserrer l'analyse et d'étudier plus précisément le texte de la

¹² En procédure restreinte, les difficultés rencontrées sur les marchés antérieurs peuvent également avoir un impact sur le classement de l'entreprise au stade de la sélection.

disposition du code de la commande publique qui offre désormais explicitement cette possibilité au cocontractant public.

II – Texte : un code adapté à la nature des contrats de la commande publique

Si les articles L. 2141-7 et L. 3123-7 du CCP retiennent un large champ d'application pour la prise en compte de difficultés rencontrées lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur (A), ils posent aussi de strictes conditions (B) à la mise en œuvre d'une disposition qui garantit la liberté d'appréciation du cocontractant public (C).

A – Un champ d'application large : un manquement lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur

La capacité d'exclusion du prestataire antérieur par le cocontractant public bénéficie d'un large champ d'application puisque la difficulté doit avoir été rencontrée « *lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur* » (articles L. 2141-7 et L. 3123-7 du CCP).

Le manquement invoqué doit donc avoir été commis « *lors de l'exécution* » d'un contrat de la commande publique. Il s'agit de saisir les violations des obligations nées du contrat, donc les fautes contractuelles. Les comportements adoptés à l'occasion d'une procédure de passation – par exemple une entente anticoncurrentielle – n'entrent pas dans cette hypothèse, mais peuvent relever de l'un des autres motifs d'exclusion¹³. Pour les articles L. 2141-7 et L. 3123-7, c'est le « *mauvais cocontractant* » et non pas le « *mauvais candidat* » qui est pris en considération. Cette approche présente un double intérêt. D'abord, le code de la commande publique établit ainsi un lien très ferme entre exécution et passation, fût-ce de deux contrats différents,

¹³ Pour les ententes, v. l'art. L. 2141-9 du CCP. Sur la prise en compte du comportement d'un candidat (influence induite) lors d'une procédure de passation antérieure, v. CE 24 juin 2019, Département des Bouches du Rhône, req. n° 428866, *Lebon* ; concl. G. PELLISSIER, *BJCP* septembre 2019, p. 325 ; *AJ Contrats d'affaires* août 2019, p. 400, J.-D. DREYFUS ; *CMP* octobre 2019, p. 21, H. HOEPFFNER ; *JCP A* 28 octobre 2019, p. 32, S. HUL ; *Dr. adm.* novembre 2019, p. 37, J.-M. PEYRICAL ; *AJDA* 2019, p. 2502, F. CAFARELLI.

modernisant un droit de la commande publique souvent focalisé de manière excessive sur la passation. Cette meilleure prise en compte de l'exécution doit être saluée et rejoint un mouvement général du droit de la commande publique. Ensuite, est ainsi reconnu un effet mémoire de la défaillance du cocontractant, un historique attaché à l'opérateur économique. Cette personnalisation souligne, s'il en était besoin, la place importante de l'*intuitus personae* et de la confiance dans les contrats de la commande publique, et fondamentalement, leur nature profonde de relations contractuelles sur un marché économique.

Par ailleurs, le texte vise l'exécution « d'un contrat de la commande publique antérieur », sans plus de précision. Il n'est donc pas nécessaire que le contrat concerné soit le renouvellement de celui qui a donné lieu aux difficultés initiales, ni même qu'il ait un objet similaire (par exemple, un marché de fournitures) ou identique (les mêmes fournitures), ni encore qu'il appartienne à la même catégorie des contrats de concession ou des marchés. Enfin, il n'est même pas imposé que le contrat antérieur ait été conclu avec le même acheteur ou la même autorité concédante, les cocontractants publics pouvant rejeter la candidature de l'opérateur économique défaillant lors de l'exécution d'un contrat passé « *le cas échéant avec un autre acheteur* »¹⁴. En théorie, l'acheteur public qui sait, par exemple par une saine lecture de la jurisprudence, qu'une entreprise a été condamnée dans le cadre d'un marché conclu avec un autre acheteur, peut en tenir compte pour exclure ladite entreprise de sa propre procédure¹⁵. La confiance peut être perdue par la mauvaise expérience vécue personnellement ou par un « *proche* »¹⁶, mais aussi par la connaissance des difficultés rencontrées par un autre acheteur, par cette image de marque négative, cette notoriété défavorable de l'entreprise. L'information, la connaissance, la publicité mais aussi leur maîtrise sont donc, dans les contrats de la commande publique comme ailleurs, des éléments clés pour le cocontractant public comme pour les opérateurs économiques.

La règle selon laquelle il faut mais il suffit que le contrat concerné par la difficulté d'exécution soit un contrat de la commande publique, par opposition à toutes les autres relations contractuelles, traduit la volonté de souligner ou de renforcer l'unité de cette notion, de la saisir

¹⁴ Rép. min. n° 15278, JOAN 16 avril 2019, p. 3581 ; CMP juin 2019, comm. 216, B. KOEBEL.

¹⁵ En pratique, lorsqu'il n'est pas partie au contrat initial, il sera plus difficile pour le cocontractant public d'établir la réalité des manquements commis et leur impact sur le nouveau contrat.

¹⁶ Par ex., la collectivité membre d'un EPCI qui connaît les difficultés rencontrées par ce dernier pour l'exécution de l'un de ses contrats.

comme un ensemble cohérent et singulier. Elle justifie aussi le champ d'application du code de la commande publique et, en conséquence, sa légitimité.

B – Des conditions strictes : proportionnalité, sanction et temporalité du manquement

En elle-même la notion de manquement, utilisée également en matière de référé précontractuel par exemple, est très compréhensive et ne contient aucune véritable limite puisqu'il peut être volontaire ou involontaire, résulter d'un acte décisoire ou non, être positif ou reposer sur une abstention, l'acheteur pouvant tenir compte « *des actes qu'un opérateur économique a commis ou omis d'accomplir* »¹⁷. Toutefois, conformément au principe général de proportionnalité rappelé notamment par le considérant 101 de la directive 2014/24¹⁸, les articles L 2141-7 et L 3123-7 du CCP réservent l'exclusion au manquement « *grave ou persistant* », comme par exemple le défaut d'exécution de prestations importantes, l'abandon de chantier, les malfaçons lourdes ou encore le non-respect d'un ordre de service. Déjà, antérieurement, les manquements de « *faible gravité* » commis lors d'un précédent marché et qui n'avait induit que quelques pénalités ne suffisaient pas à justifier l'exclusion de l'entreprise¹⁹. Le « *caractère mineur des irrégularités* » ne devrait entraîner l'exclusion d'un opérateur économique que « *dans des circonstances exceptionnelles* » ou lorsque leur « *répétition* »²⁰ ou leur persistance conduit à augmenter, par un effet d'addition, leur gravité et à douter de la fiabilité de l'entreprise.

La gravité du manquement devrait être appréciée notamment au regard de l'importance de la règle violée, donc en l'occurrence de l'obligation contractuelle non-respectée. Cette importance peut être propre au contrat concerné et supposer une analyse de la volonté du cocontractant public. Par exemple, s'il avait souligné l'importance du respect des délais, la violation de ceux-ci sera considérée comme d'autant plus grave. Mais la règle peut aussi être commune à tous les

¹⁷ CJUE 19 juin 2019, Meca, préc., pts 31 et 32.

¹⁸ Sur le principe général, v. CJCE 14 décembre 2004, Swedish Match, aff. C-210/03. Sur le fait que l'opérateur doit être mis en mesure de démontrer que sa participation ne porte pas atteinte aux principes fondamentaux, v. CJUE 19 mai 2009, Assitur, aff. C-538/07 ; CJUE 23 décembre 2009, Serrantoni SRL, aff. C-376/08 ; CJUE 30 janvier 2020, TIM Spa, aff. C-395/18, pt 49. Sur la question, S. DE LA ROSA, « Le respect du principe de proportionnalité et l'exclusion des candidatures », *supra* dans le présent ouvrage.

¹⁹ CAA Nancy 26 février 2019, Soc. PBTP et Démolitions, préc..

²⁰ CJUE 19 juin 2019, Meca, aff. C-41/18, préc., pts 31, 32, 40 et 41.

contrats de la commande publique, comme par exemple le principe de l'exécution personnelle du contrat dont la violation devrait, dans tous les cas, constituer un manquement grave car il est alors porté atteinte à la confiance du cocontractant public, à sa liberté de choix mais également à la mise en concurrence. Il a ainsi été jugé que la sous-traitance d'une partie du contrat, sans le consentement du pouvoir adjudicateur, et qui a donné lieu à la résiliation du marché concerné, constitue « une défaillance importante ou persistante constatée lors de l'exécution d'une obligation essentielle afférente audit marché » qui justifie donc l'exclusion d'une procédure ultérieure²¹.

Ensuite, le manquement est également défini par ses conséquences concrètes. La difficulté doit être considérée comme acquise puisqu'en raison du manquement, les entreprises « *ont dû verser* » des dommages-intérêts, « ont été sanctionnées » par une résiliation ou « *ont fait l'objet d'une sanction comparable* »²². Le temps employé implique que la sanction a été prononcée. Toutefois, selon la Cour de justice, les pouvoirs adjudicateurs « *doivent pouvoir exclure un opérateur économique « à tout moment de la procédure » et non pas seulement après qu'une juridiction a rendu son jugement, ce qui constitue un indice supplémentaire de la volonté du législateur de l'Union de permettre au pouvoir adjudicateur de porter sa propre appréciation sur les actes qu'un opérateur économique a commis ou omis d'accomplir* »²³. Une décision de justice n'est donc pas indispensable. Lorsque la sanction prononcée par le cocontractant public est définitive, notamment parce qu'il n'y a pas eu de recours dans les délais, l'acheteur public peut sans difficulté ni doute tenir compte de cette sanction pour écarter l'entreprise²⁴. La solution est moins évidente lorsqu'un recours a eu lieu voire qu'il est encore possible. En pratique, les cocontractants publics auront probablement tendance à ne pas exclure sur ce terrain l'entreprise belliqueuse avec laquelle un contentieux est déjà pendant et à préférer l'écarter sans argumenter sur le terrain d'un autre contrat, d'une autre affaire, d'un autre contentieux. Il sera probablement plus facile, au stade de l'appréciation des conditions de participation de se prononcer uniquement au regard du contrat dont la passation est directement en cause²⁵. Faute

²¹ CJUE 3 octobre 2019, Delta Antrepriză de Construcții, préc.

²² Art. L. 2141-7 du CCP. Même exigence, v. CJCE 16 décembre 2008, Michaniki AE, aff. C-213/07 ; *CMP* 2009, comm. 35, W. ZIMMER.

²³ CJUE 19 juin 2019, Meca, aff. C-41/18, préc., pts 31 et 32.

²⁴ Même si l'absence de recours ne vaut pas nécessairement reconnaissance de la légitimité de la sanction par l'entreprise qui peut hésiter à attaquer un partenaire incontournable, ou avec lequel elle a « négocié » une résiliation simple plutôt qu'une résiliation aux frais et risques.

²⁵ Par ex. en invoquant le niveau suffisant de ses capacités au stade de la présélection voire simplement, s'il s'agit d'une procédure restreinte, de moins bien la classer au stade de la sélection.

de jurisprudence en la matière, de nombreuses questions demeurent pour l'instant²⁶. Par exemple, est-il possible d'exclure une entreprise lorsque la sanction n'avait pas respecté les règles applicables, comme par exemple la mise en demeure préalable ou la condition de gravité suffisante de la faute ? De même, il est difficile de savoir quelles sont les « *sanctions comparables* » qui pourraient justifier l'exclusion. Des pénalités de retard importantes, une réception prononcée avec de lourdes réserves ou une décision d'exécution d'une partie des travaux aux frais et risques seraient-elles considérées comme « *comparables* » à des dommages-intérêts ou à une résiliation ? La réponse ne peut être générale et le juge fera une analyse au cas par cas, en tenant compte des éléments fournis par l'entreprise lors de la procédure contradictoire prévue par les textes.

Enfin, dernier encadrement, l'opérateur économique ne doit pas se voir opposer un définitif « *défaillant un jour, défaillant toujours* ». Le code de la commande publique instaure un droit à l'oubli puisque la sanction pour violation de ses obligations contractuelles doit avoir été prononcée « *au cours des trois années précédentes* ». Il ne saurait être question de condamner à mort une entreprise qui a « *trébuché* » une fois. Le pardon voire la réhabilitation doit être possible. L'encadrement temporel a également pour objectif de ne pas figer le marché économique et de ne pas contribuer à la disparition de certaines entreprises. La jurisprudence, encore largement à construire en la matière, aura à se prononcer sur le point de départ exact de ce délai de trois ans, qui peut d'ailleurs éventuellement être variable selon la sanction et les circonstances. En pratique, il reste que, pour une entreprise spécialisée dans les commandes publiques, cette période de trois ans peut évidemment suffire à la fragiliser grandement voire à la faire disparaître.

C – La liberté d'appréciation garantie

Les « *interdictions de soumissionner facultatives* » de l'article 48-II de l'ordonnance n° 2015-899 – l'expression était source d'ambiguïté – sont devenues des « *exclusions à l'appréciation de l'acheteur* » dans le code de la commande publique, ce dernier n'étant contraint ni par la

²⁶ Voir aussi les questions particulièrement complexes s'agissant de l'obligation de l'entreprise d'informer sans délai l'acheteur de son changement de situation au regard des causes d'exclusions (v. l'art. L. 2141-12 du CCP, mais aussi, une fois le contrat conclu, l'article L. 2195-4 du CCP).

réglementation, ni par l'appréciation portée par le cocontractant public lors de l'exécution du contrat antérieur.

S'agissant de la règle de droit imposant cette exclusion, elle peut être qualifiée de relative, un peu comme la nullité en matière de vice du consentement, parce qu'elle ne peut être invoquée que par la personne que la règle entend protéger. C'est donc au cocontractant public de décider s'il souhaite éliminer ou non une entreprise sur ce terrain²⁷. C'est la différence avec les exclusions de « *plein droit* » qui sont absolues, protègent l'intérêt général ou l'ordre public et supposent la constatation par un tiers d'une cause d'exclusion. Concrètement, c'est au « *pouvoir adjudicateur, et à lui seul, au stade de la sélection des soumissionnaires, [que revient] le soin d'apprécier si un candidat ou un soumissionnaire doit être exclu d'une procédure de passation de marché* »²⁸. La décision de l'acheteur ne doit pas être contrainte par la réglementation. Cette dernière ne doit pas prévoir « *le caractère automatique d'une telle exclusion* »²⁹ fondée sur l'existence d'un comportement précédent d'un opérateur économique, sans analyse circonstanciée, « *au cas par cas* » par l'acheteur public³⁰.

Ensuite, la règle d'exclusion est également relative en ce sens qu'elle s'attache au contrat nouveau, sans que l'acheteur ne soit contraint par l'évaluation portée lors de l'exécution du contrat antérieur, par un autre cocontractant public ou lui-même. L'acheteur doit procéder, pour le nouveau contrat, « *à sa propre évaluation de l'intégrité et de la fiabilité de l'opérateur économique visé par la résiliation du marché public antérieur* », sans être lié par cette décision de résiliation. Par exemple, c'est à celui « *qui organise cette procédure de passation de marché ultérieure [qu'il revient d'estimer si...] une telle sous-traitance entraîne la rupture du lien de confiance avec l'opérateur économique en cause* »³¹. Pour décider en connaissance de cause et pour protéger l'entreprise concernée, le cocontractant public doit obligatoirement respecter une procédure contradictoire³².

²⁷ En dehors du cas particulier des difficultés sur un marché antérieur, lorsque les conditions d'une exclusion à l'appréciation du cocontractant public sont remplies (par exemple lorsque les preuves d'une entente sont réunies), le cocontractant public doit exclure l'entreprise concernée.

²⁸ CJUE 19 juin 2019, Méca, aff. C-41/18, préc. pt 34.

²⁹ CJUE 30 janvier 2020, Tim SpA, aff. C-395/18, pt 55 ; CMP mai 2020, comm. 144, W. Zimmer.

³⁰ CJUE 13 décembre 2012, Forposta SA, aff. C-465/11, spéc. pt. 34.

³¹ CJUE 3 octobre 2019, Delta Antrepriză de Construcții, aff. C-267/18, préc..

³² Pour les exclusions à l'appréciation du cocontractant public, cette procédure contradictoire est prévue explicitement par les articles L 2141-11 et L 3123-11 du CCP. Pour les exclusions de plein droit et les lacunes en la matière du droit français, voir CJUE 11 juin 2020, Vert Marine, aff. C-472/19 et CE 12 octobre 2020, Vert Marine, req. n° 419146, tables du *Lebon*. Sur la question, F. POULET, « Les obligations à l'égard des candidats en cours d'exclusion », dans le présent ouvrage.

Il s'agit là d'une manifestation d'un mouvement tout à fait général en droit de la commande publique qui tend à rechercher l'adaptation aux circonstances en responsabilisant un cocontractant public à qui la réglementation fait désormais davantage confiance. Cette logique de liberté d'appréciation n'est guère surprenante tant elle est consubstantielle à la nature à la fois contractuelle mais également économique des contrats de la commande publique. Ainsi, l'appréciation de l'opportunité d'exclure ou non une candidature est en lien direct avec la liberté contractuelle qui suppose non seulement la liberté de contracter, mais également celle de *ne pas* contracter. C'est d'ailleurs aussi le sens du principe de liberté de gestion et d'administration, sanctuarisé à la place majestueuse de l'article L. 1 du CCP, qui laisse le choix aux acheteurs et aux autorités concédantes, pour répondre à leurs besoins, « *d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique* ». L'appréciation du cocontractant public est également en prise directe avec une dimension plus économique de la liberté en tant qu'elle concerne le choix opéré par le demandeur sur le marché pertinent. Liberté de choix du demandeur et liberté d'exclusion de certains candidats sont interdépendantes. La déception lors d'un précédent contrat, y compris avec sa part de subjectivité, doit pouvoir être prise en compte afin de permettre le bon fonctionnement des mécanismes du marché. C'est de l'adaptation de l'offre à la demande dont il est question. Dans les contrats de la commande publique, le cocontractant public doit tenir pleinement – et donc librement – son rôle de demandeur économique. A l'instar du modèle du demandeur de la théorie économique, véritable ressort de la libre concurrence et qui serait par définition rationnel et éclairé, l'acheteur ou l'autorité concédante en tant que décideur, en tant qu'auteur du choix, doit être libre, prendre ses décisions de manière autonome. D'ailleurs, l'objet même du droit de la commande publique est justement, en imposant une obligation juridique de mise en concurrence au cocontractant public, de compenser certaines particularités résultant de ses liens avec la puissance publique et de sa relative indépendance vis-à-vis des forces du marché, et de le faire ainsi mieux correspondre au modèle théorique du demandeur économique³³.

³³ O. GUEZOU, « Contrats publics et politique de la concurrence », *RFDA* 2014, p. 632.

En conclusion, la capacité d'exclusion du prestataire antérieur s'avère un bon révélateur d'un mouvement général du droit applicable aux contrats de la commande publique : la meilleure prise en compte de leur ambivalence. Ainsi, leur dimension publique suppose compétence et fiabilité du cocontractant pour la sauvegarde des deniers et services publics, mais aussi son exemplarité, son honorabilité, la prise en compte de l'intérêt général et même le dépassement d'une logique qui ne serait que de strict approvisionnement. Leur dimension économique et contractuelle impose une logique partenariale, la confiance entre les parties, la liberté de choix du demandeur, un lien renforcé entre passation et exécution, mais aussi – et ce n'est pas le moins important – un certain bon sens opérationnel libéré de tout dogmatisme. Les codes contemporains font généralement apparaître une marque de fabrique, une singularité qui est aussi largement la justification du code concerné³⁴. Pour le code de la commande publique, ce marqueur symbolique réside probablement dans cette « *ambivalence décomplexée* » des contrats de la commande publique.

Evry, le 8 avril 2021.

³⁴ Par ex., pour le Code des relations entre le public et l'administration, l'idée spécifique du « dialogue » irriguait ses dispositions et complétait utilement la volonté d'accessibilité des règles destinées à des non-professionnels. Sur la question, v. O. GUEZOU, « Code de la commande publique : pour une approche économique assumée, modernisée et enrichie », *Le Moniteur - Contrats publics* février 2019, p. 3.