
Exclusion pour défaillance lors de l'exécution d'un précédent marché : un motif à manier avec précaution ?

REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 234 - Septembre 2022

Dossier - Exclusions des candidatures : état des lieux...

CCP, art. L. 2141-7

Mathilde Foglia

*SELAS CHARREL & Associés, Avocate associée
Barreau de Marseille*

L'article L. 2141-7 du Code de la commande publique autorise un acheteur à exclure de la procédure de passation d'un marché public un candidat défaillant lors de l'exécution d'un précédent marché.

Cependant, un certain nombre de conditions doivent être remplies pour prononcer cette exclusion. En outre, la mise en œuvre d'une procédure contradictoire constitue un véritable contrepoids en faveur des opérateurs économiques.

Destiné à « responsabiliser les opérateurs économiques concernés afin de veiller, en leur qualité de titulaire, à une exécution efficiente et responsable du contrat » ⁽¹⁾, l'article L. 2141-7 du Code de la commande publique autorise un acheteur à exclure de la procédure de passation d'un marché public, les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur.

Si le dispositif n'est pas totalement nouveau, il marque un changement de paradigme important par rapport à la jurisprudence antérieure qui autorisait les acheteurs à tenir compte de la mauvaise exécution d'un contrat antérieur par un candidat tout en leur interdisant de se fonder « uniquement sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés » pour écarter sa candidature dans tous les cas où d'autres éléments de son dossier, notamment d'autres références professionnelles et/ou des références professionnelles ultérieures, établissaient sa capacité professionnelle ⁽²⁾.

Désormais ⁽³⁾, les manquements commis lors de l'exécution d'un précédent contrat de la commande publique peuvent suffire à écarter la candidature d'un opérateur économique sans que l'acheteur n'ait à examiner ses capacités professionnelles et ainsi, à s'interroger sur leur caractère suffisant.

De prime abord, cette approche nouvelle offre à l'acheteur des possibilités plus étendues que par le passé pour exclure un candidat dont il doute du professionnalisme et ce d'autant plus que les incertitudes entourant les conditions de mise en œuvre de ce dispositif d'exclusion semblent plutôt servir la démarche de l'acheteur. Néanmoins, c'est sans compter sur l'obligation qui lui est faite de mettre en œuvre une procédure contradictoire préalable laquelle, dans la majorité des hypothèses, devrait donner au candidat les moyens de faire échec à son exclusion.

L'exclusion en apparence facilitée des candidats précédemment défaillants

L'article L. 2141-7 du Code de la commande publique fixe une série de conditions pour permettre à l'acheteur de décider d'écarter la candidature d'un opérateur économique en raison de la mauvaise exécution par ce dernier d'un précédent contrat de la commande publique, qu'il s'agisse d'un marché ou d'une concession.

Conditions tenant aux manquements commis par le candidat

Identification d'un comportement fautif suffisamment grave ou persistant

La première condition tient aux manquements commis par le candidat. En effet, la décision d'exclusion suppose qu'un comportement fautif puisse être caractérisé et que ce dernier soit imputable à l'entreprise. Cette condition exclut ainsi du champ d'application de l'article L. 2141-7 du Code de la commande publique différentes hypothèses comme la défaillance économique liée par exemple à l'ouverture d'une procédure collective (non suivie d'une disparition de l'entreprise puisque celle-ci candidate en vue de l'attribution d'un marché ultérieur) ou encore les manquements résultant d'un aléa extérieur au titulaire.

Par ailleurs, toutes les fautes contractuelles passées ne peuvent pas justifier l'exclusion d'une procédure de passation future. En effet, les manquements dont la responsabilité incombe bien au titulaire devenu candidat doivent être graves et/ou persistants. Cette qualification supposera une appréciation au cas par cas qui pourrait par exemple être retenue s'agissant du non-respect des obligations en matière de sécurité ayant causé un incendie sur un chantier ⁽⁴⁾, des absences répétées aux réunions hebdomadaires de chantier ⁽⁵⁾, d'une exécution ne répondant pas aux indices de satisfaction et de qualité de la profession à laquelle sont destinées les prestations ⁽⁶⁾ et de manière plus générale, des manquements qui peuvent valablement fonder une résiliation pour faute dans la mesure où cette sanction répond à la même condition de gravité et/ou de répétition des manquements du titulaire à ses obligations contractuelles. En revanche, des retards « de faible gravité » ne constitueront pas un motif suffisant d'exclusion ⁽⁷⁾.

Indifférence de l'acheteur ou de l'autorité concédante ayant supporté les précédents manquements

Le texte n'indique pas si les manquements commis par l'entreprise à l'encontre de laquelle est envisagée une mesure d'exclusion sont uniquement ceux auxquels l'acheteur a été confronté dans le cadre de l'un de ses précédents contrats ou s'ils peuvent être étendus aux manquements commis à l'occasion de tout contrat de la commande publique, le cas échéant, conclu par un autre pouvoir acheteur ou une autre autorité concédante. La doctrine administrative semble plutôt pencher en faveur de cette seconde interprétation qui supposera soit que l'opérateur économique ait été défaillant « de manière notoire » ⁽⁸⁾ soit que l'acheteur ait eu l'occasion de connaître cette défaillance. Tel pourrait être le cas à l'occasion à l'occasion d'un parangonnage ou encore dans des hypothèses où cette défaillance a été subie par une entité à laquelle il est lié ou à laquelle il participe (groupement de commandes auquel il a participé, établissement public de coopération intercommunale dont il est membre, entité publique locale dont il est actionnaire etc.). Si cette interprétation était confirmée par la jurisprudence administrative, le champ de l'exclusion pourrait s'en trouver considérablement élargi alors même qu'elle reste une dérogation au principe de libre accès à la commande publique et qu'elle devrait, en principe s'apprécier strictement ⁽⁹⁾.

Absence de lien nécessaire entre le manquement et l'objet du marché donnant lieu à l'exclusion

De la même manière, dans la mesure où le texte ne l'impose pas, il ne semble pas que le manquement opposé à l'entreprise doive impérativement être en lien avec l'objet du marché pour lequel l'exclusion est envisagée. En effet, puisqu'il ne s'agit plus de raisonner par rapport à la capacité professionnelle de l'entreprise à exécuter le marché en cause, tout manquement commis lors d'un précédent contrat pourrait donner lieu à une exclusion alors même, par exemple, que l'objet de ce marché serait très différent du marché à conclure ⁽¹⁰⁾.

Exclusion possible dans le cas de manquements antérieurs aux trois dernières années ?

Enfin, contrairement à ce qui semble, en première lecture, résulter du texte, la restriction temporelle fixée par ce dernier ne permet pas nécessairement de limiter la portée de l'exclusion. En effet, l'article L. 2141-7 du code indique que peuvent être exclues « les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable ». C'est donc dire que l'ancienneté maximale de trois années concerne la sanction ou le versement de dommages et intérêts faisant que le manquement peut lui, être antérieur voire très antérieur à trois ans dans le cas où il a donné lieu à une condamnation au paiement de dommages-intérêts par une décision de justice rendue plusieurs années après la commission de la faute.

Conditions tenant aux suites données par l'acheteur aux manquements

Insuffisance du rappel à l'ordre par l'acheteur ou l'autorité concédante

La candidature d'un opérateur économique ne pourra être écartée qu'à la condition que les fautes du titulaire ne soient pas restées impunies mais qu'elles aient donné lieu soit au versement de dommages et intérêts, soit au prononcé d'une sanction par l'acheteur ou l'autorité concédante.

C'est dire que le seul signalement au titulaire de ses manquements en cours d'exécution sans que l'acheteur ne les sanctionne ou sans qu'il en demande réparation ne saurait suffire quand bien même lesdits manquements rempliraient la condition de gravité et/ou de persistance.

Cette hypothèse nous paraît néanmoins devoir être distinguée de celle dans laquelle une sanction a effectivement été appliquée en cours d'exécution mais a finalement fait l'objet d'une renonciation par l'acheteur ou l'autorité concédante. Par exemple, dans le cas où une remise de pénalités serait accordée au titulaire, le dispositif de l'[article L. 2141-7 du Code de la commande publique](#) devrait trouver à s'appliquer dès lors qu'en pareil cas, les retards ou les manquements sont bien imputables au titulaire, la renonciation étant justifiée par une cause spécifique notamment leur montant manifestement excessif.

Versement de dommages et intérêts

S'agissant du versement de dommages et intérêts, le texte n'indique pas qu'il doit nécessairement résulter d'une décision de justice bien que cette situation sera, en pratique, la plus courante. L'on peut toutefois imaginer qu'un protocole transactionnel aux termes duquel le titulaire reconnaîtrait sa responsabilité et accepterait d'indemniser l'acheteur ou l'autorité concédante puisse être invoqué à l'appui d'une décision d'exclusion.

Sanctions prononcées par l'acheteur

Il est clair que les mesures d'exécution non coercitives à l'instar de l'arrêt de l'exécution des prestations à l'issue d'une partie technique dans les marchés de prestations intellectuelles ⁽¹¹⁾, ne remplira pas la condition posée par le Code de la commande publique alors même qu'elles seraient fondées, comme c'est parfois le cas en pratique pour éviter la procédure de résiliation pour faute, sur une mauvaise exécution par le titulaire de ses prestations.

Pour le reste, la détermination exacte des sanctions pouvant justifier sans risque l'exclusion du candidat n'est pas des plus évidentes. L'hésitation ne porte pas sur la résiliation pour faute du marché explicitement visée par le texte, *a fortiori* si elle est prononcée aux frais et risques mais sur la notion de « sanction comparable ». En effet, seule la résiliation permet de mettre fin au contrat en sorte qu'aucune sanction, parmi celles que peut prononcer l'acheteur, n'est véritablement d'une nature comparable à la sanction résolutoire. L'exécution aux frais et risques ou mise en régie par exemple, suppose le maintien du contrat, le titulaire pouvant être autorisé à en poursuivre l'exécution à condition de justifier des moyens nécessaires ⁽¹²⁾. Face à cette difficulté, la doctrine y compris administrative propose de s'attacher plutôt à la gravité des manquements ou à leur persistance qu'au type de sanction prononcée. Autrement dit, tous les types de sanction pourraient finalement justifier l'exclusion ⁽¹³⁾, en ce compris, les sanctions les moins graves comme l'application de pénalités.

Enfin, il ressort de la jurisprudence européenne que la sanction peut ne pas être définitive et fonder la décision d'exclusion. Une solution différente permettrait en effet à l'opérateur économique de contester la mesure coercitive prise à son encontre, au besoin artificiellement, plutôt que de l'encourager à adopter des mesures correctives des manquements sanctionnés ⁽¹⁴⁾. En revanche, dans le cas où la validité de la sanction aurait été effectivement remise en cause par le juge, l'exclusion sera impossible à tout le moins si la mesure est annulée en raison de son caractère infondé et non uniquement en raison de son caractère irrégulier.

La procédure contradictoire au secours des candidats « blacklistés »

Au total, sous réserve de l'interprétation qu'en retiendra la jurisprudence administrative, les conditions autorisant la mise en œuvre de l'[article L. 2141-7 du Code de la commande publique](#) sont relativement souples, cette souplesse étant seulement contrebalancée par l'exigence liée à la gravité et/ou à la persistance du manquement ayant fondé une sanction ou le versement de dommages et intérêts.

En réalité, le véritable contrepoids réside dans l'existence d'une procédure contradictoire en faveur des opérateurs économiques.

En effet, alors même qu'il disposerait d'éléments suffisants pour exclure le candidat en raison de sa défaillance passée, l'acheteur ne pourra effectivement prendre cette décision qu'après avoir mis en

œuvre la procédure contradictoire prévue à l'article L. 2141-11 du Code de la commande publique, commune à l'ensemble des exclusions à l'appréciation de l'acheteur.

Obligation d'interroger le candidat sur les mesures prises pour prévenir de nouveaux manquements

À ce titre, il devra informer le candidat de la mesure envisagée à son encontre et lui permettre d'établir, dans un délai raisonnable, qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements ayant précédemment justifié une sanction ou le versement de dommages et intérêts. Dans ce cadre, l'on ne peut que recommander à l'acheteur d'être lui-même très précis quant au relevé des manquements justifiant l'exclusion et de solliciter une réponse circonstanciée et étayée, c'est-à-dire appuyée de pièces justificatives, au candidat.

Cette preuve pouvant être rapportée « par tout moyen », le candidat devrait assez aisément parvenir à faire échec à la mesure d'exclusion à la condition de formuler sa réponse dans le délai imparti par l'acheteur, d'être suffisamment précis dans le cadre de celle-ci et de justifier, pièces à l'appui, de mesures correctives ⁽¹⁵⁾.

À titre non exhaustif, il pourra établir soit que les moyens humains, matériels et techniques dédiés au marché en cause sont différents que par le passé, soit qu'il a revu son organisation, soit encore qu'il a mis en œuvre des procédures d'autocontrôle interne en vue de prévenir de tels manquements. L'on peut également penser que les références professionnelles ultérieures, particulièrement si elles sont accompagnées d'attestations de bonne exécution des acheteurs concernés ⁽¹⁶⁾, devraient contribuer à cette démonstration et empêcher l'exclusion envisagée.

A contrario, par analogie avec la jurisprudence rendue en matière d'offres rejetées comme étant anormalement basses après mise en œuvre d'une procédure contradictoire, une simple réponse générique mettant par exemple en avant l'expérience du candidat dans le domaine faisant l'objet du marché s'avèrera insuffisante ⁽¹⁷⁾.

De la même manière, il nous semble que les mesures correctives prises doivent être directement en lien avec les manquements précédents et permettre très concrètement à prévenir que ces derniers ne se reproduisent.

Risques contentieux entourant la décision d'exclusion

Si malgré les justifications apportées, l'acheteur estime que les mesures correctives sont insuffisantes, il devra écarter la candidature de l'opérateur économique.

Une telle décision, lourde de conséquences pour le candidat qui se voit refuser la participation à la procédure en cause mais potentiellement à d'autres consultations lancées ultérieurement par cet acheteur ou par un autre, ne manquera pas d'être contestée par l'opérateur économique concerné.

Elle peut l'être dans le cadre d'un référé précontractuel, le candidat évincé cherchant ainsi à ce que sa candidature soit « réintégrée » par l'acheteur et ainsi qu'elle soit examinée. Dans ce cadre, à l'image du contrôle exercé en matière d'offre anormalement basse ⁽¹⁸⁾, le juge des référés limitera très certainement son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation commise par l'acheteur lorsqu'il a décidé d'écarter la candidature.

Une fois le marché signé, il pourrait également obtenir l'annulation ou plus vraisemblablement la résiliation de ce dernier et/ou surtout, solliciter l'indemnisation du manque à gagner que lui cause son éviction irrégulière, à condition de justifier d'une chance sérieuse d'obtenir le marché ⁽¹⁹⁾. À ce titre, l'article R. 2144-4 du Code de la commande publique précise que l'acheteur ne peut exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché qu'il justifie ne pas relever d'un motif d'exclusion de la procédure de passation du marché sans distinguer les motifs d'exclusion obligatoire des motifs d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur. Autrement dit, en toute rigueur, si le candidat est interrogé au titre des articles L. 2141-7 et L. 2141-11 du code précité, c'est qu'il était en bonne place pour obtenir le marché et qu'il justifie ainsi, en principe, d'une chance sérieuse à ce titre.

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

2) CE 10 juin 2009, Région Lorraine, req. n° 324153 ; CAA Nancy 4 octobre 2012, SARL TP2B, req. n° 11NC014940 ; CAA Lyon 17 décembre 2009, Commune de Grenoble, req. n° 07LY02920. La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics retenait même que « concrètement, cela signifie qu'il peut écarter une entreprise si celle-ci ne présente comme référence unique que les marchés dont l'exécution avait été incorrecte ».

- 3) L'article L. 2141-7 du Code de la commande publique reprend le 1° du I de l'article 48 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.
- 4) CE 10 juin 2009, Région Lorraine, req. n° 324153.
- 5) *Ibidem.*
- 6) CAA Marseille 31 janvier 2011, Société Blanchisserie Roncaglia, req. n° 08MA04156.
- 7) CAA Nancy 26 février 2019, Société PBTP et Démolitions, req. n° 18NC00064.
- 8) Rép. min. n° 15278, *JOAN* 16 avril 2019, p. 3581. La consultation de Legifrance pourrait permettre à l'acheteur de prendre connaissance des condamnations indemnitaires prononcées contre certaines sociétés par d'autres acheteurs.
- 9) Une confirmation jurisprudentielle nous paraît envisageable afin d'assurer l'effet utile de ce dispositif, un peu à l'instar de la solution rendue s'agissant de l'exclusion de l'article L. 2141-8 du Code de la commande publique dont la portée a été étendue aux procédures de passation antérieures à celle au cours de laquelle se pose la question de l'exclusion.
- 10) Au contraire, la jurisprudence antérieure exigeait un lien entre le manquement et l'objet de la consultation. Voir par exemple : CAA Lyon 17 décembre 2009, Commune de Grenoble, req. n° 07LY02920.
- 11) CCAG-PI (2021), art. 22.
- 12) Voir notamment article 52 CCAG-Travaux (2021) ; article 45.1 CCAG-FCS (2021).
- 13) Fiche technique Direction des affaires juridiques, « L'examen des candidatures ».
- 14) CJCE 19 juin 2019, *Meca Srl c/ Comune di Napoli*, aff. C-41/18.
- 15) B. Koebel, « Exclusions des marchés publics », *Contrats et Marchés publics* n° 6, juin 2019, comm. 216.
- 16) Annexe 9 du Code de la commande publique relative à la liste des renseignements et documents pouvant être demandés aux candidats.
- 17) Voir par exemple : CE 15 octobre 2014, Communauté urbaine de Lille, req. n° 378434.
- 18) Voir par exemple : CE 29 octobre 2013, Département du Gard, req. n° 371233 ; CE 2 mars 2022, Pôle Emploi, req. n° 458019.
- 19) CE 18 juin 2003, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, req. n° 249630.

Mes annotations (0)
