

<https://www.observatoire-collectivites.org/spip.php?article3265>

Marchés publics : lutte contre les conflits d'intérêts et libre accès des candidats à la commande publique

- Jurisprudence -



Publication date: mercredi 9 mai 2012

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale &
associative - Tous droits réservés

La circonstance qu'une conseillère municipale entretienne des liens étroits avec une entreprise candidate à un marché public justifie-il le rejet, par principe, de l'offre de cette société ?

[1]

Non dès lors que l'élue intéressée ne siège pas à la commission d'appel d'offres et n'exerce aucune influence ni dans la définition des besoins de la collectivité, ni dans le choix du candidat. Porte ainsi atteinte au principe de libre accès des candidats à la commande publique, une commune qui rejette par principe, et sans examen, l'offre d'une entreprise au motif que la conseillère municipale déléguée à l'urbanisme est la sœur du président de cette société dont elle est par ailleurs actionnaire.

Une commune francilienne (70 000 habitants) lance une procédure d'appels d'offres ouvert pour la passation d'un marché de travaux portant sur l'amélioration de son réseau d'eau potable. Elle rejette, sans examen, l'offre d'une société en raison des liens entretenus par une conseillère municipale déléguée aux permis de construire avec ladite entreprise.

Il se trouve en effet que l'élue est non seulement actionnaire de la société, mais également sœur du président du conseil d'administration ; ce qui peut être gênant au regard des dispositions de l'article 432-12 du code pénal réprimant la prise illégale d'intérêts.

L'entreprise écartée refusant d'être sacrifiée sur l'autel de la lutte contre les conflits d'intérêts, demande en référé l'annulation de la procédure. Le juge des référés lui donne raison, ce qu'approuve le Conseil d'Etat dans un arrêt publié au recueil Lebon.

En effet l'élue intéressée n'a fait que participer à la délibération du conseil municipal autorisant le lancement de la procédure de passation du marché.

Or "à ce stade de la délibération, la procédure n'avait pas encore été organisée et les soumissionnaires n'étaient pas connus".

Par la suite, l'élue n'a ni siégé à la commission d'appel d'offres, ni pris part dans le choix de l'entreprise attributaire.

Ainsi "s'agissant de travaux habituels dont l'utilité n'était pas contestée et sur la définition et le lancement desquels il n'est pas allégué que l'intéressée aurait exercé une influence particulière", les liens invoqués "n'étaient pas susceptibles de faire naître un doute sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur". En éliminant, par principe, l'offre de l'entreprise requérante, la commune a ainsi "méconnu le principe de libre accès à la commande publique et manqué

à ses obligations de mise en concurrence".

[Conseil d'État, 9 mai 2012, NÂ° 355756](#)

PS:

– Cet arrêt souligne une nouvelle fois le pragmatisme et la souplesse des juridictions administratives dans l'appréciation de la notion de conseiller intéressé ; pragmatisme et souplesse qui tranchent avec le rigorisme des juridictions répressives dans l'application de l'article 432-12 du code pénal.

– Ainsi les seuls liens (familiaux et financiers) entretenus par un élu avec une entreprise, ne sont pas jugés suffisants pour faire naître un doute sur l'impartialité de la décision prise dès lors que l'élu intéressé n'a, en pratique, exercé aucune influence sur le lancement des travaux et sur leur définition et s'est abstenu de siéger à la commission d'appel d'offres et de prendre part au choix de l'entreprise.

– Attention cependant à ne pas tirer des conclusions hâtives de cet arrêt : il ne suffit pas à un élu de "faire le mort" dans la passation d'un marché pour éviter toute suspicion de conflits d'intérêts. Le Conseil d'Etat prend bien le soin de souligner qu'à aucun moment l'élue n'a exercé d'influence sur le marché litigieux : non seulement elle n'a pas siégé à la commission d'appel d'offres mais elle s'est abstenue de toute interférence quant à la définition des besoins de la collectivité et du choix de l'attributaire. Par ailleurs il n'est pas indifférent, en l'espèce, que l'élue intéressée était une conseillère municipale et non le maire lui-même. Les juridictions répressives ont de fait déjà condamné des exécutifs locaux qui se sont pourtant abstenus de participer à la commission d'appel d'offres pour l'attribution de marché à des entreprises dans lesquelles ils avaient des intérêts (voir liens proposés en fin d'article), le maire étant présumé avoir surveillance sur l'ensemble des affaires de la commune (il en est de même pour le président d'un conseil général ou régional).

– Cet arrêt démontre que le référé pré-contractuel peut être un outil efficace de prévention des conflits d'intérêts et ouvre une possible stratégie dans l'attribution de marchés publics lorsque le pouvoir adjudicateur suspecte un possible conflits d'intérêts : une politique consistant à écarter par principe les candidatures suspectes pour provoquer un référé pré-contractuel permet de sécuriser juridiquement les attributions litigieuses. De deux choses l'un en effet : ou bien le juge des référés valide le rejet de la candidature et confirme ainsi l'existence d'un conflits d'intérêts évitant ainsi aux élus concernés des désagréments judiciaires ; ou bien il estime le rejet de la candidature infondé en écartant tout hypothèse de conflits d'intérêts et il sécurise ainsi une éventuelle attribution du marché à l'entreprise en question. Si le juge pénal reste autonome dans son appréciation, on peut penser néanmoins qu'il se montrerait réceptif à l'argument d'un élu qui n'aurait fait que se plier à une décision de justice : soit en considérant que l'élément intentionnel du délit fait défaut, soit en retenant l'erreur de droit ou l'ordre de la loi comme causes d'exonération de responsabilité.

Références

– [Article 432-12 du code pénal](#)

– [Article L2131-11 du CGCT](#)

Etes-vous sûr(e) de votre réponse ?



[Prise illégale d'intérêts : suffit-il de faire le mort lors de la passation du marché ?](#)



[Un maire peut-il engager sa responsabilité pour prise illégale d'intérêts bien qu'il ait pris la précaution de ne pas participer au vote de la délibération à laquelle il était intéressé ?](#)

[1] Photo : Dmitry K