

Renseignements et documents produits par les candidats : à la recherche d'une plus grande efficacité au stade des candidatures

Afin d'assurer une plus grande efficacité de l'achat public au stade des candidatures, les textes réformant le droit de la commande publique ont modifié un certain nombre de dispositions concernant notamment les documents dont la production est obligatoire ainsi que ceux pouvant être exigés par les acheteurs.

À l'instar d'autres aspects du droit de la commande publique, la réforme de 2016, issue notamment de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, modifie les règles relatives aux renseignements et documents produits par les candidats, tout en s'inscrivant dans la continuité de l'ancien Code des marchés publics.

Les nouveautés en cette matière se combinent avec des changements notables s'agissant des candidatures, comme le fait que les textes n'exigent plus la signature des candidatures lors de la remise du dossier ou le caractère bientôt obligatoire du mécanisme dit « dites-le nous une fois »^[1].

Cependant, ces changements notables ne doivent pas occulter l'importance de la réforme en matière de renseignements et documents produits par les candidats, qui ne consiste pas en une simple mise à jour de la liste de ces renseignements et des documents.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016, d'une part, et l'arrêté du 29 mars 2016^[2], d'autre part, comportent nombre d'innovations qui méritent l'attention des acheteurs, tant elles visent à assurer une plus grande efficacité de l'achat public au stade des candidatures.

Les innovations issues de l'ordonnance et du décret « marchés publics »

L'article 48 du décret du 23 juillet 2016 conserve l'« architecture » de l'ancien Code des marchés publics quant aux renseignements et documents produits par les candidats (l'expression même « documents et renseignements »

[1] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 53-II.

[2] Arrêté du 29 mars 2016 (NOR : EINM1600215A), fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

Auteur

Philippe Guellier
Avocat au barreau de Lyon
Cabinet SEBAN et Associés

Mots clés

Capacité économique et financière • Certificats de qualité
• e-certis • Interdictions de soumissionner

de l'article 44 de l'ancien Code des marchés publics est reprise à l'article 48 du décret).

Ainsi, l'article 48 dudit décret continue de distinguer, parmi ces renseignements et documents, entre :

- ceux devant obligatoirement être produits par les candidats, dont le contenu est défini à l'article 48-1° (la déclaration sur l'honneur) ;
- ceux dont la production est exigée « par l'acheteur aux fins de vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles », dont le contenu est défini à l'article 44 du décret.

S'agissant de ce dernier point, l'article 50 du décret reprend le principe d'une « liste établie par arrêté du ministre chargé de l'économie » fixant les renseignements et documents dont la production peut être exigée des candidats par l'acheteur.

Enfin, on remarquera que les exigences posées par l'ancien Code, en terme de conditions de participation, sont réaffirmées par l'article 51-I de l'ordonnance, aux termes de laquelle « Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution »⁽³⁾.

Au-delà de cette « architecture », plusieurs innovations importantes résultent de l'ordonnance et du décret.

En matière de documents et renseignements dont la production est obligatoire, on remarque une extension des interdictions de soumissionner, qui figuraient à l'article 43 de l'ancien Code (condamnation pénale) et qui sont reprises à l'article 45-1° de l'ordonnance, aux membres « de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle ». De ce fait, le contrôle apporté par les acheteurs devra être plus large. Par ailleurs, la déclaration sur l'honneur, que doivent obligatoirement produire les candidats conformément à l'article 48 du décret, concerne également les interdictions de soumissionner facultatives qui ont été introduites par l'article 48 de l'ordonnance. Or, la preuve que le candidat n'est pas concerné par certaines de ces interdictions, comme les conflits d'intérêt, semble difficile à apporter. Il reste à déterminer comment ces deux innovations pourront être contrôlées par les acheteurs.

En matière de documents et renseignements dont la production est exigée par l'acheteur, le changement le plus notable nous paraît être le choix laissé, par l'article 51 de l'ordonnance, quant à l'étendue des vérifications à réaliser au stade des candidatures. Les acheteurs peuvent à présent ne demander la production de documents et renseignements que pour une partie des conditions de participation visées au décret : l'aptitude

à exercer l'activité professionnelle, la capacité économique et financière et / ou les capacités techniques et professionnelles. Ce changement résulte de la rédaction de l'article 51 de l'ordonnance, qui utilise la conjonction « ou » à propos de ces conditions de participation. La subtilité de ce changement a conduit la Direction des affaires juridiques de Bercy à attirer l'attention des acheteurs sur ce point précisément dans une fiche dédiée aux candidatures⁽⁴⁾.

Pour ce motif, le décret et l'arrêté distinguent, par article ou par sous-article, les documents et renseignements dont la production peut être exigée par l'acheteur :

- pour l'aptitude à exercer l'activité professionnelle : article 44-II du décret et article 1^{er} de l'arrêté ;
- pour la capacité économique et financière : article 44-III du décret et article 2 de l'arrêté ;
- pour les capacités techniques et professionnelles : article 44-IV du décret et articles 3 et 4 de l'arrêté.

Ainsi, pour un marché d'un faible montant ou d'une nature particulière, l'acheteur pourra se contenter, par exemple, de demander une preuve de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle du candidat, ou des documents relatifs à la capacité économique et financière du candidat.

De plus, pour la capacité économique et financière, le décret précise que les acheteurs peuvent désormais exiger que « les opérateurs économiques fournissent des informations sur leurs comptes annuels indiquant notamment le rapport entre les éléments d'actif et de passif ». Dans un tel cas, les acheteurs doivent préciser, dans les documents de la consultation, « les méthodes et les critères objectifs et non-discriminatoires qu'il appliquera pour prendre en compte ces informations ».

Pour les capacités techniques et professionnelles, le décret apporte plusieurs nouveautés :

- l'article 44-IV définit la notion de capacités techniques et professionnelles en indiquant que les conditions imposées par l'acheteur à ce titre ont pour objet de garantir le fait « que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché public en assurant un niveau de qualité approprié » ;
- le même article étend aux pouvoirs adjudicateurs la possibilité d'« imposer aux candidats qu'ils indiquent les noms et les qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution du marché public en question », en matière de marchés publics de services ou de travaux et de marchés publics de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comprenant des prestations de service ;
- les références sont directement visées à l'article 44-IV du décret. Si, comme sous l'ancien Code, l'absence de références ne peut « ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat », il est indiqué que les références

(3) Et, en matière de niveaux minimaux de capacité, les exigences de l'ancien Code sont également reprises, et élargies, puisque l'article 44-I du décret dispose que l'acheteur « ne peut exiger que des niveaux minimaux liés et proportionnés à l'objet du marché public **ou à ses conditions d'exécution** » (nous soulignons).

(4) MINEFE, DAJ, *Présentation des candidatures*, 17 janvier 2017, p. 5.

servent à démontrer que « les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant » et qu'elles doivent provenir de « provenant de marchés **publics** exécutés antérieurement » (nous soulignons).

Enfin, on soulignera une différence rédactionnelle entre les documents et renseignements relatifs à la capacité économique et financière, pour lesquels l'article 44-III du décret dispose que « l'acheteur peut **notamment** exiger (...) » (nous soulignons), et les documents et renseignements relatifs aux capacités techniques et professionnelles, pour lesquels l'article 44-IV dispose « l'acheteur peut imposer (...) ». Selon la DAJ de BERCY, « À la différence des capacités techniques et professionnelles, la liste des renseignements exigibles dressée à l'article 44 III du décret n° 2016-360 n'est pas limitative »⁽⁵⁾. Néanmoins, le caractère limitatif de la liste fixée par l'arrêté du 29 mars 2016 ne semble pas, quant à lui, être remis en cause. L'article 50, alinéa 1^{er}, du décret indique en effet que « l'acheteur peut exiger la production des renseignements et documents figurant sur une liste établie par arrêté du ministre chargé de l'économie ». Il convient donc bien de se référer à l'article 2 de l'arrêté.

Sur les innovations issues de l'arrêté du 29 mars 2016, fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics

Outre le fait qu'il est organisé par condition de participation, l'arrêté du 29 mars 2016 comporte également plusieurs innovations importantes.

En matière de références, et « afin de garantir un niveau de concurrence suffisant », l'acheteur peut prévoir qu'il prendra en compte des travaux réalisés il y a plus de cinq ans et des livraisons effectuées ou des services fournis il y a plus de trois ans.

Au titre des capacités techniques et professionnelles des candidats, l'article 3 ajoute plusieurs documents et renseignements dont la production peut être demandée, dont certains peuvent être de nature de rassurer les acheteurs. On notera ainsi :

– au 5°, « l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés au candidat, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de

travaux, auquel le candidat pourra faire appel pour l'exécution de l'ouvrage » ;

– au 7°, « la description de l'équipement technique ainsi que des mesures employées par le candidat pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise » ;

– au 8°, « l'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement que le candidat pourra mettre en œuvre lors de l'exécution du marché public » ;

– au 9°, « l'indication des mesures de gestion environnementale que le candidat pourra appliquer lors de l'exécution du marché public ».

L'article 3.13° innove également en prévoyant la possibilité, « lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier », d'exiger « un contrôle effectué par l'acheteur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi », lequel porte sur « les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prendra pour contrôler la qualité ». Un tel contrôle n'est pas anodin au stade des candidatures et devrait non seulement être justifié mais aussi pris en compte en termes de délais de réalisation du contrôle et d'égalité de traitement des usagers quant à ses modalités de réalisation.

Le système des certificats de qualité est largement précisé. L'article 4 de l'arrêté lui est consacré. Il précise que les normes de qualité peuvent concerner « l'accessibilité pour les personnes handicapées ». Lorsque les certificats demandés concernent des assurances de qualité au regard de « systèmes ou normes de gestion environnementale », l'acheteur doit s'inscrire dans les normes européennes et internationales et en particulier dans le système de management environnemental et d'audit (EMAS), issu du règlement n° 1221/2009 du 25 novembre 2009⁽⁶⁾. Ce système reprend les exigences de la norme ISO 14001 au niveau européen.

Enfin, le recours à des bases de données est intégré dans l'arrêté, dont l'article 6 prévoit que les acheteurs ont recours à la base de données de la Commission européenne, dénommée e-Certis, « pour procéder aux vérifications des formes des documents de preuve ou des pièces justificatives des candidats ». Cette base de données permet aux acheteurs de vérifier aisément les justificatifs produits par les candidats.

(6) Règlement (CE) n° 1221/2009 du 25 novembre 2009 concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), abrogeant le règlement (CE) n° 761/2001 et les décisions de la Commission 2001/681/CE et 2006/193/CE.

(5) MINEFE, DAJ, *Présentation des candidatures*, 17 janvier 2017, p. 9.